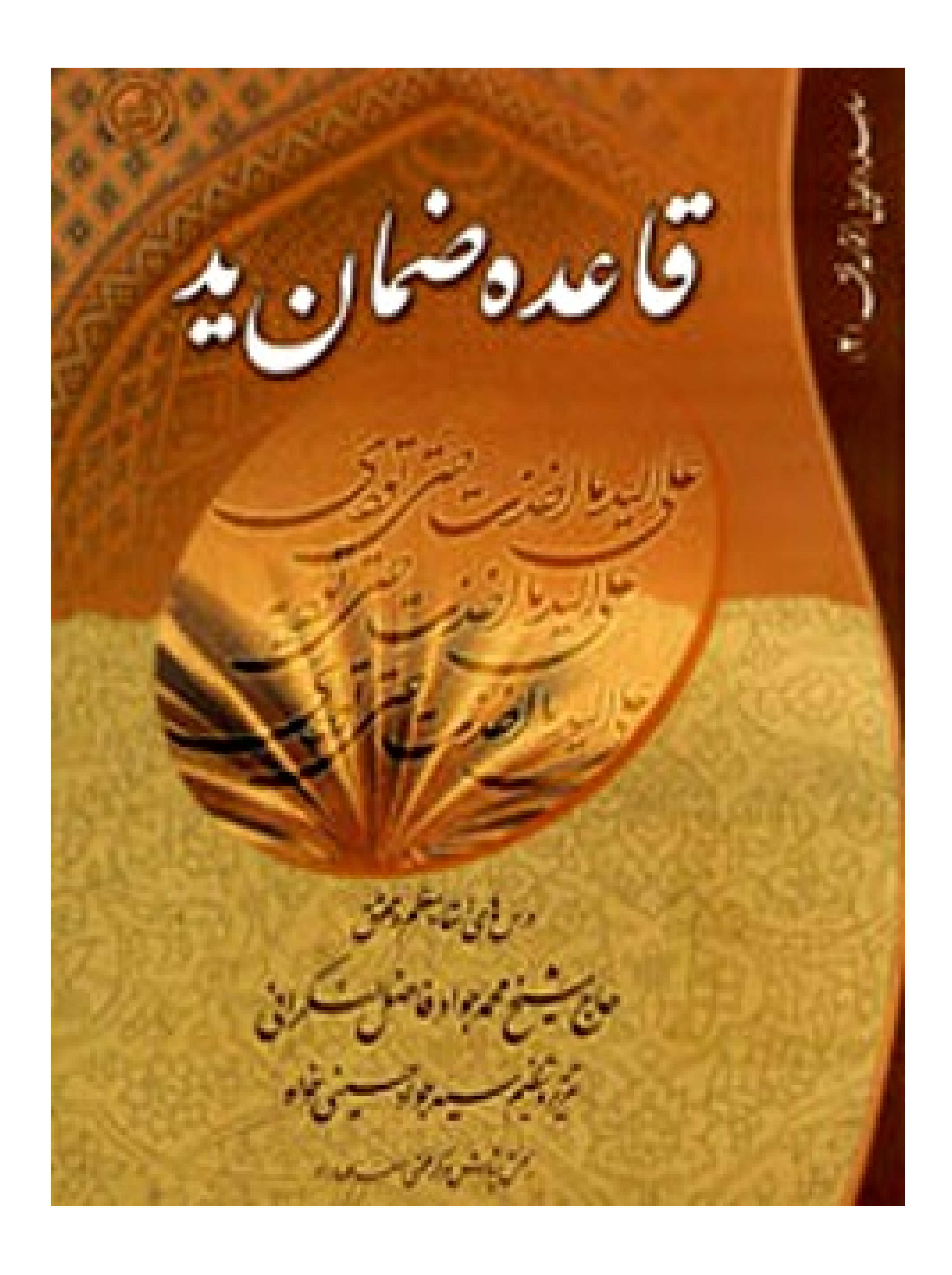

قاعده ضمان ید
حاج شیخ محمد جواد فاضل لنکرانی



قاعده ضمان ید

نویسنده:

محمدجواد فاضل لنکرانی

ناشر چاپی:

مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

قاعده ضمان ید

مشخصات کتاب

سرشناسه : فاضل‌لنکرانی، محمدجواد، ۱۳۴۱ –

عنوان و نام پدیدآور : قاعده ضمان ید : درس‌های استاد معظم و محقق حاج شیخ محمدجواد فاضل‌لنکرانی / تقریر و تنظیم جواد حسینی‌خواه.

مشخصات نشر : قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری : ۲۵۵ ص.

فروست : سلسه درس‌هایی از قواعد فقه؛ ۲.

شابک : ۲۵۰۰۰ ریال : ۹۷۸-۹۶۴-۷۷۰۹-۷۴-۳

یادداشت : عنوان دیگر: قاعده ضمان ید: تقریرات دروس استاد معظم حاج شیخ محمدجواد فاضل‌لنکرانی.

یادداشت : کتابنامه: ص. [۲۴۹] – ۲۵۵؛ همچنین به صورت زیرنویس.

عنوان دیگر : قاعده ضمان ید: تقریرات دروس استاد معظم حاج شیخ محمدجواد فاضل‌لنکرانی.

موضوع : قاعده ید

موضوع : فقه -- قواعد

شناسه افزوده : حسینی‌خواه، جواد

رده بندی کنگره : BP۱۶۹/۵۲ /ی۴ف۲ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۲۴

شماره کتابشناسی ملی : ۱۶۰۸۲۰۴

مقدمه

حمد و سپاس خداوندی را که هستی از او معنا گرفت و درود بی‌پایان بر پیامبران الهی که با شریعت‌شان عقل را یاری داده و به دستگیری بشر پرداختند؛ به‌ویژه بر خاتم رسولان محمّد بن عبداللَّه و خاندان گرامی‌اش علیهم السلام که تکمیل دین و تتمیم نعمت هدایت به آنان محقّق شد.

به امید آن روز که هدایتشان بر عرصه‌ی گیتی سایه گسترده و حکومت عدل جهانی مهدی «عجل اللَّه تعالی فرجه الشریف» که موعود همه انبیاست، عالم را فرا گیرد.

میدان علم را گستره‌ای است بی‌پایان که تلاش اندیشمندان پیشین اگرچه به کمک آیندگان آمده، ولی هرگز آنان را بی‌نیاز نکرده است. و در این میان، علم فقه از گستره خاصی برخوردار است؛ زیرا، هیچ واقعه و عملی از اعمال مربوط به بشر نیست مگر آن‌که محکوم به حکمی از احکام الهی است و چه بسا پیشینیان از بیان حکم برخی از آن‌ها غفلت ورزیده، و یا در بیان آن به خطا رفته، و یا از وقایعی است که پیشینه‌ای نداشته؛ از این رو، بر عهده‌ی فقیهان هر عصر است که افزون بر بررسی فتاوای گذشتگان، احکام موضوعات مربوط به زمان خود را تبیین نمایند؛ و در این راستا، آن‌چه به کار فقیه می‌آید، بهره‌گیری از اصول و کلیّاتی است که در دین مبین اسلام

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲

توسط معصومين عليهم صلوات اللَّه مطرح شده و با بيان «علينا إلقاء الاصول وعليكم التفريع»[۱] صحاب‌شان را به استنباط احكام شرعى از اين اصول ترغيب نموده‌اند.

بخشى از اين كليات به «قواعد فقهيه» معروف گرديده و مورد توجّه فقها قرار گرفته و كتاب‌هاى مستقلّى در تبيين آن‌ها نگاشته شده است.

علم فقه نيز به مانند ديگر علوم از رشد فزاينده‌اى برخوردار است؛ چه بسا در ذخايرى كه از سلف صالح به دستمان رسيده است، شاهد كتابى باشيم كه جامع كثيرى از قواعد فقهى است و حال آن‌كه آيندگان همان حجم را، تنها به بررسى يك قاعده فقهيه اختصاص داده‌اند، نكات ابهام را از آن زدوده و به تحقيق و پژوهش در موارد نياز پرداخته‌اند.

مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام كه در سال ۱۳۷۶ هجرى شمسى به امر مرجع عاليقدر شيعه مرحوم آيت اللَّه العظمى فاضل لنكرانى قدس سره تأسيس شده و پس از ارتحال معظّم له نيز بحمد اللَّه به فعاليت‌هاى خود طبق وصيّت ايشان با قوّت هرچه بيشتر ادامه مى‌دهد، يكى از مسؤوليت‌هاى مهم خويش را نشر تحقيقات و پژوهش‌هاى نوين فقهى مى‌داند.

پژوهشى كه پيش رو داريد درس‌هاى خارج قواعد فقهيه استاد حوزه علميه قم، حضرت آيت‌اللَّه آقاى حاج شيخ محمّد جواد فاضل لنكرانى «دام ظلّه» پيرامون قاعده‌ى معروف «ضمان يد» است كه آن را فقيهانه مورد كنكاش علمى قرار داده، و در تبيين اين قاعده، به نكات بديعى پرداخته‌اند كه در آثار پيشينيان كمتر به چشم مى‌خورد. اين بحث، محصول درس‌هاى معظّم‌له در ماه مبارك رمضان است كه پس از پياده شدن از نوار در مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام و تكميل برخى از مباحث توسّط معظّم له، به همّت برادر ارجمند جناب حجة الاسلام والمسلمين آقاى سيّد جواد حسينى‌خواه «دامت تأييداته» و به قلم شيواى ايشان پس از تحقيق و تخريج

قاعده ضمان يد، ص: ۱۳

مصادر، به رشته تحرير درآمده و در اختيار علاقمندان قرار گرفته است.

به اميد آن‌كه اين خدمت بشارتى براى روح آن مرجع راحل، والد مكرّم حضرت استاد بوده و موجب خشنودى حضرت بقيةُ اللَّه الاعظم حجةُ بن الحسن العسكرى قرار گيرد. نسئل اللَّه أن يعجّل له الفرج والنصر وأن يجعلنا من خير أعوانه وأنصاره.

مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام

محمّد رضا فاضل كاشانى

۹/ ۵/ ۱۳۸۷ مطابق با ۲۷ رجب ۱۴۲۹

پيش‌گفتار

الحمد للَّهربّ العالمين على ما عرّفنا من نفسه وألهمنا من شكره وفتح لنا من أبواب العلم بربوبيّته، والصّلاة والسّلام على رسوله النبيّ المنذر الأمين وعلى آله الشموس الطالعة والسّادة الميامين واللعن على أعدائهم أجمعين.

در ميان علوم اسلامى «فقه» از اهميّت ويژه‌اى برخوردار بوده و مى‌توان گفت پس از خداشناسى و اصول عقائد، فقه كه متصدّى استنباط و بيان احكام شرعيّه براى عمل مكلّفين مى‌باشد، از شريف‌ترين علوم اسلامى است.

از ميان دانش‌هايى كه جنبه مقدّميّت براى فقه دارند و فقيه را در استنباط و اجتهاد احكام شرعى يارى مى‌رسانند و به اجتهاد او جهت مى‌دهند، اهميّت قواعد فقهى كمتر از قواعد اصولى نيست؛ چه آن كه قواعد اصولى در طريق استنباط احكام كلّى قرار مى‌گيرد، امّا قواعد فقهى، خود، همان حكم شرعى است كه بر جزئيّات احكام منطبق مى‌شود، تا جايى كه گاه به مكلّف غير مجتهد اين اجازه داده مى‌شود كه حكم شرعى را با توجّه به قاعده فقهى موجود، خود بر مصاديق خارجى آن منطبق نمايد. به عنوان مثال:

اگر مکلّف در صحّت نماز

قاعده ضمان ید، ص: ۱۶

خاصی پس از اتمام آن شک کرد، با دانستن قاعده فراغ و تجاوز، حکم به صحّت نماز خود می‌کند؛ و یا اگر یقین به عدم توانایی نسبت به گرفتن روزه کرد و روزه‌داری را برای خود حرجی دانست، با توجّه به قاعده لاـحرج، آن روزه را نمی‌گیرد و خود را مرتکب هیچ گناهی نمی‌داند.

«قرافی» از علمای اهل سنّت، در این زمینه می‌نویسد:

«من ضبط الفقه بقواعده، إستغنی عن حفظ الجزئیّات، لاندراجها فی الکلیّات»[۲]؛ کسی که فقه را بر اساس قواعد آن یاد بگیرد و حفظ کند، از حفظ جزئیّات و فروع فقهی بی‌نیاز می‌شود؛ زیرا، آن جزئیّات داخل در کلیّات هستند.

آغاز تألیف کتاب‌های قواعد فقهی در میان اهل سنّت قرن چهارم هجری است که «ابوطاهر الدبّاس» کتابی را با نام «القواعد الفقهیّة» مطابق با مذهب ابی‌حنیفهٔ مشتمل بر ۱۷ قاعده فقهی نوشته است[۳]؛ امّا در میان فقیهان امامیّه، آغاز نگارش کتاب‌های قواعد فقهی به صورت مستقلّ را باید قرن ۷ و یا ۸ هجری دانست؛ چرا که پیش از این تاریخ، فقها و اصولیین گرانقدر به قواعد فقهی به عنوان علمی مستقلّ نمی‌نگریستند و آنها را ضمن مباحث فقهی و اصولی خویش مورد بررسی و تدقیق قرار می‌دادند؛ و این امر بر اساس آن بود که ائمّه معصومین علیهم السلام ضمن روایات خود اصول کلّی را بیان داشته و به فقها می‌فرمودند که مسائل و احکام فقهی را از آن اصول استنباط نموده و بدست آورند. روایات فراوانی بر این نکته دلالت دارد؛ از جمله، روایت امام علی بن موسی الرضا علیهما السلام که می‌فرمایند:

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷

«علینا إلقاء الاصول وعلیکم التفریع»[۴]؛ بر عهده ما بیان اصول است و بر شماست که فروعات فقهی را از آنها استخراج و استنباط نمائید.

بنابراین، قواعد فقهی در میان آثار و تألیفات فقهی امامیّه به صورت پراکنده وجود داشته است، امّا به عنوان کتابی مستقلّ به رشته تحریر در نیامده بود. به مرور زمان سعی شد که قواعد فقهی را از میان کتاب‌های فقهی و اصولی گردآوری و به صورت مستقلّ ارائه نمایند. شاید بتوان اوّلین فقیه شیعی که به نگارش کتابی در این زمینه اقدام نموده است، «نجیب‌الدّین یحیی بن سعید حلّی» رحمه الله (۶۰۱– ۶۹۸ ه. ق) صاحب کتاب ارزشمند «نزههٔ الناظر فی الجمع بین الأشباه والنظائر» را معرّفی نمود؛ و پس از او، شهید اوّل قدس سره با تألیف کتاب «القواعد و الفوائد»، قواعد فقهیه را با شیوه‌ای خاص به نگارش در آورد؛ به گونه‌ای که مرحوم شهید قدس سره در اجازه‌ای که به «ابن خازن حائری» می‌دهد، خود را مبتکر این عمل معرّفی می‌کند.

او می‌گوید:

«فممّا صنفته کتاب «القواعد والفوائد»، مختصر یشتمل علی ضوابط کلّیهٔ: أصولیّهٔ وفرعیّهٔ، تستنبط منها الأحکام الشرعیّهٔ، لم یعمل الأصحاب مثله»[۵]؛ از جمله تصنیفات من کتاب «القواعد و الفوائد» است که مشتمل بر یکسری ضوابط و قواعد کلّی اصولی و فقهی می‌باشد و از آنها احکام شرعی استنباط می‌گردد؛ و علمای پیشین چنین تألیفی نداشته‌اند.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۸

از آن زمان تاکنون، فقها و اصولیین ارجمند، این راه را ادامه داده و قواعد فقهی را در کتاب‌های مستقلّی[۶] مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند؛ و در کنار تدریس علوم: فقه، اصول، تفسیر و ... قواعد فقهی نیز تدریس می‌شود.

کتابی که پیش رو دارید، از سلسله بحث‌هایی است که در مورد یکی از قواعد مهمّ فقهی با عنوان «قاعده ضمان ید» توسط استاد معظّم و گرانقدر حوزه علمیّه قم آقای حاج شیخ محمّدجواد فاضل لنکرانی «دام ظلّه» در ایّام ماه مبارک رمضان سال ۱۴۲۷ قمری

(۱۳۸۵ شمسی) بیان شده است؛ و از آنجا که مباحث مطرح شده، جامع جمیع ابعاد مورد بحث در این قاعده بوده، تنبیهات و مطالب مهمّی در آن است- که برخی از آن‌ها در کتاب‌های گذشته یافت نمی‌شود- و سودمند و مفید برای طلّاب، دانش‌پژوهان و دانشجویان بود، تقریر آن از طرف استاد معظّم به عهده این حقیر گذارده شد. خدا را بر این حسن اعتماد شاکرم.

در تنظیم مطالب کتاب حاضر، نهایت سعی و تلاش به کار گرفته شده است تا بیان حضرت استاد به درستی تقریر شود؛ با این وجود، به مقتضای طبیعت کار بشری، آن را از نقص و اشتباه مصون نمی‌دانم؛ امید است رهنمود صاحب‌نظران نیز روشنگر راهمان باشد. لازم به یادآوری است که بحث‌های

قاعده ضمان ید، ص: ۱۹

کتاب، به ترتیب درس‌های استاد گرانقدر تنظیم شده، و جز در مواردی اندک، تصرّفی در آن صورت نگرفته است؛ چه آن که گاه استاد معظّم در مباحث بعد، به نکات جدیدی در مورد مباحث گذشته اشاره می‌نمودند که ما آن نکات را به بحث‌های قبل و در جایگاه مناسب خود، ملحق نموده‌ایم. علاوه بر این، به دلیل کمی وقت در ماه مبارک رمضان، و تمام نشدن مباحث، حضرت استاد مطالب پایانی کتاب- تنبیهات- را بعداً بدان ملحق نموده‌اند.

در نهایت بر خود لازم می‌دانم که از راهنمایی‌های حضرت استاد در تنظیم مطالب و مباحث کتاب، و تلاش‌های مدیر محترم مرکز فقهی ائمّه اطهار علیهم السلام جناب حجّت‌الإسلام والمسلمین آقای حاج شیخ محمّدرضا فاضل کاشانی «دامت افاضاته»، و هم‌چنین از رهنمودهای استاد و محقّق فرهیخته، عالم عامل، والد مکرّمم که به حق مدیون شیوه‌های تربیتی گام به گام ایشان در حیات علمی و عملی خود هستم، تشکّر و قدردانی نمایم.

امید است که این تلاش مقبول درگاه خداوند متعال و مورد رضایت حضرت بقیّهٔ اللّه الأعظم «أرواحنا فداه و عجّل اللّه تعالی فرجه الشریف» قرار گیرد؛ باشد که خداوند منّان ما را از انصار و خدمتگزاران حضرتش قرار دهد.

سیّدجواد حسینی‌خواه

قم- تیر ۱۳۸۷

قاعده ضمان ید، ص: ۲۱

کلیّات

۱- نکات آغازین

اشاره

از قواعد مشهور و مهمّ فقهی، قاعده «ضمان ید» است که در باب‌های مختلف فقه، مانند: زکات، خمس، حج، بیع فاسد، وقف، عاریه، رهن، صلح، مضاربه، مساقاهٔ، ودیعه، رشوه، به خصوص باب غصب، و برخی دیگر از ابواب فقهی، مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ این قاعده برگرفته از حدیث نبوی معروف «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی» است.

مشهور فقهای امامیّه از این قاعده، مسأله ضمان را استفاده کرده، و بیان داشته‌اند: طبق این قاعده، اگر کسی بدون آن‌که از طرف مالک مأذون باشد، بر مال دیگری دست یابد، ضامن آن مال خواهد بود؛ و نیز، چنان چه بر مالی که استحقاق اخذ آن را ندارد تسلّط پیدا کند، مانند این که زکات را بگیرد در حالی که فقیر نباشد، ضامن است؛ و فقها برای ضمان، به عموم همین قاعده استدلال نموده‌اند.[۷] به همین جهت، مناسب است قبل از بررسی ادلّه و مفاد قاعده،

قاعده ضمان ید، ص: ۲۴

نکاتی را به عنوان مقدّمه بحث، در مورد ضمان بیان کنیم:

الف: مشروعیّت ضمان

در رابطه با اصل مشروعیّت ضمان، تردیدی وجود ندارد. ضمان از امور مسلّمی است که هم در میان عقلا رایج بوده و هم آیات قرآن کریم و روایات معصومین علیهم السلام بر آن دلالت دارد. به عنوان مثال: مفسّرین در آیه شریفه‌ی «قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَ لِمَن جَآءَ بِهِی حِمْلُ بَعِیرٍ وَ أَنَا بِهِی زَعِیمٌ»[۸] «زعیم» را به «کفیل و ضامن» معنا کرده‌اند[۹]؛ همچنین صاحب «محاسن التأویل» در مورد «وَ أَنَا بِهِ ی زَعِیمٌ» می‌نویسد: « «وَ أَنَا بِهِی زَعِیمٌ» أصل فی الضمان والکفالهٔ»[۱۰]؛ بدین معنا که اصل و ریشه مشروعیّت ضمان در شریعت اسلام، این آیه شریفه است.

ب: اسباب ضمان

پس از بیان این‌که مشروعیّت ضمان از امور مسلّم در شریعت اسلام است، نکته دیگر در مورد ضمان، آن است که چه اموری به عنوان اسباب ضمان وجود دارد؟

با مراجعه به فقه و کلمات فقها، معلوم می‌گردد در این زمینه، یک بیان روشن و مدوّنی وجود ندارد؛ و علما و بزرگان، اسبابی که باعث ضمان می‌شود را در یکجا بیان نکرده‌اند؛ با این حال، با تتبّع و جستجو می‌توانیم ده سبب را به عنوان اسباب ضمان قرار دهیم؛- البته امکان خلاصه کردن آن‌ها در چند عنوان نیز وجود دارد-. این اسباب عبارتند از:

قاعده ضمان ید، ص: ۲۵

۱- ید: اولین سبب، «ید» یعنی تسلّط غیر شرعی بر مال دیگری است. این مطلب از حدیث معروف علی الید استفاده می‌شود؛ و در صورتی که این قاعده دلالت بر ضمان داشته باشد- که مشهور علما و بزرگان از این قاعده، ضمان را استفاده کرده‌اند-، اگر شخصی بر مال غیر استیلا پیدا کند، ذمّه‌ی او مشغل شده و ضامن آن مال خواهد بود. اما این که منظور از ید، خصوص ید عدوانی است؟ آیا ید غیر غاصب را نیز شامل می‌شود؟ و ...، مواردی است که در ادامه مباحث ان شاءاللّه به آن می‌پردازیم.

۲- اتلاف: یکی دیگر از اسباب ضمان، اتلاف است. هرگاه شخصی مال دیگری را از بین ببرد- هرچند که بر آن مال «ید» و تسلّطی نداشته باشد- ضامن خواهد بود؛ قاعده اتلاف نیز از قواعد مشهور فقهی، و برگرفته از حدیث «من أتلف مال الغیر فهو له ضامن»[۱۱] است.

۳- غرور: سبب دیگری که از برای ضمان وجود دارد، این است که هرگاه شخصی باعث ضرر دیگری شود، نسبت به آن، ضامن است. به عنوان مثال:

طعام زید را به عنوان مال خودش در اختیار عمرو قرار دهد؛ در این فرض چنان چه صاحب طعام به عمرو مراجعه کند، او نیز می‌تواند به زید مراجعه، و خسارتی را که پرداخت کرده است از او طلب کند. در عبارات فقها مشهور است که «المغرور یرجع إلی من غرّه»[۱۲].

قاعده ضمان ید، ص: ۲۶

۴- تعدّی و تفریط: این سبب در مورد امانت مطرح می‌شود، که اگر شخص امین در نگهداری و حفظ امانتی کوتاهی نماید، و به واسطه تعدّی و تفریط او، مال امانی از بین برود، ضامن آن خواهد بود.

۵- تلف قبل از قبض: این سبب در مورد بایع جاری می‌شود. بدین صورت که اگر عقد بیعی صورت گیرد و قبل از در اختیار گرفتن مورد معامله توسط مشتری، مبیع تلف شود، بایع ضامن است و مبیع از مال او خارج می‌شود؛ «تلف المبیع قبل قبضه من مال

البایع» یا «تلف المبیع قبل القبض فهو من مال البایع ومضمون علیه».[۱۳]

۶- قبض به عقد فاسد و قبض بالسوم[۱۴]: هرگاه شخصی به واسطه عقدی فاسد، مالی را بگیرد، ضامن آن خواهد بود؛ به عنوان مثال: در صورتی که عقد بیع باطل باشد و مشتری مبیع را اخذ کند، ضامن آن است. هم‌چنین در مورد مقبوض بالسوم نیز مسأله ضمان وجود دارد؛ بدین معنا که اگر شخصی مالی را به قصد خرید بردارد و در دستان او تلف شود، ضامن آن خواهد بود.

۷- ضماناتی که ثابت است و منشأ آن شریعت و شارع است: برخی ضمانات وجود دارد که منشأ آن شارع مقدّس است و الزام شارع باعث گردیده است که انسان در این موارد ضامن باشد؛ هم‌چون کفّارات، خمس، زکات،

قاعده ضمان ید، ص: ۲۷

دیات، ارش الجنایهٔ و ....

۸- ضمان عقدی و یا ضمان المسمّی: منظور از ضمان عقدی، ضمانی است که به سبب عقد محقّق می‌شود؛ هرگاه معامله‌ای صورت گیرد، بایع ضامن است که مبیع را به مشتری تحویل دهد؛ و مشتری نیز ضامن است که پول و ثمن معامله را تحویل بایع دهد. این نوع ضمان در بیع کلی مطرح می‌شود و در بیع معیّن، چنین ضمانی وجود ندارد (البته وجوب تکلیفی تسلیم برای هر دو طرف ثابت است). از این نوع ضمان، به ضمان معاوضی نیز تعبیر می‌شود.

۹- عقد الضمان: عقد ضمان، عقدی است که مدلول و معنای آن تعهّد ذمّه بوده و هم‌چون دیگر عقود، احتیاج به ایجاب و قبول دارد؛ البته در کتاب الضمان این بحث مطرح می‌شود که آیا در عقد ضمان، قبول نیز لازم است و یا صرف رضایت کفایت می‌کند؟ که برای دانستن ادلّه هر کدام، لازم است بدانجا مراجعه شود. بنابراین، در عقد ضمان، شخص ضامن متعهد می‌شود دینی را که بر عهده و ذمّه مدیون است، بپردازد.

نسبت بین ضمان عقدی و عقد الضمان

از همین‌جا نسبت بین ضمان عقدی و عقد ضمان نیز مشخص می‌شود که عبارت است از عموم و خصوص مطلق؛ و ضمان عقدی اعمّ مطلق از عقد ضمان است. بدین صورت که ضمان عقدی، ضمانی است که منشأ آن عقد است و این عقد، می‌تواند عقد بیع باشد، یا عقد معاوضه، یا عقد صلح و یا عقد ضمان؛ در حالی که منشأ عقد الضمان، فقط عقد ضمان است. بنابراین، ضمان عقدی اعمّ است از عقد الضمان.

۱۰- شرط الضمان: هرگاه در یکی از عقود، شرط ضمان شود، این امر موجب ضمانت خواهد بود؛ به عنوان مثال: در باب عاریه، اگر مُعیر شرط کند

قاعده ضمان ید، ص: ۲۸

که مُستعیر در صورت تلف شدن مال به تلف قهری، ضامن آن است، در فرض تلف، مستعیر ضامن آن مال خواهد بود. اما این که شرط به تلف قهری تعلّق گرفته، بدان جهت است که صورت اتلاف، نیازی به شرط ندارد و مستعیر در فرض اتلاف به طور قطع ضامن است.

در فقه اسلامی ده سبب فوق از برای ضمان وجود دارد؛ و همان‌گونه که بیان شد، امکان تقسیم‌بندی آن‌ها در دسته‌های گوناگون وجود دارد؛ به طور مثال، می‌توان چنین گفت: ضمان، یا ضمان عقدی است و یا ضمان قهری؛ ضمان قهری نیز یا به ید است، یا به اتلاف و یا ....

ج: انواع ضمان

نکته‌ی دیگری که از بحث اساب ضمان روشن می‌شود- و بیشتر در کتاب الضمان مطرح می‌گردد- این است که خود ضمان نیز

دارای انواعی است.

انواع ضمان عبارت است از:

۱- ضمان منجّز؛

۲- ضمان موقّت؛ این ضمان، مربوط به باب بدل است که اگر عین مال یافت شود، شخص ضامن است که بدل گرفته شده را باز گرداند.

۳- ضمان تقدیری؛ در صورتی که مال غیر در دست غاصب باشد، یک ضمان تقدیری وجود دارد و آن این که بر فرض تحقّق تلف، غاصب، ضامنِ مال است و باید خسارت آن را به مالک و صاحب اصلی‌اش بپردازد.

د: تفاوت قاعده ضمان ید و قاعده ید

نکته‌ی دیگری که به عنوان مقدّمه بحث، لازم است بیان شود، این است که فرق بین قاعده «علی الید» و قاعده «ید» چیست؟

در پاسخ گفته می‌شود که بین این دو قاعده سه فرق اساسی وجود دارد:

قاعده ضمان ید، ص: ۲۹

۱) تفاوت موضوعی: اوّلین تفاوت، تفاوت از جهت موضوعی است؛ بدین معنا که وصف «ید» در هر کدام از این دو قاعده با دیگری متفاوت است.

موضوع در قاعده ضمان ید، عبارت از ید غیر مالک است که از آن به «ید معلوم» تعبیر می‌شود.

به عبارت دیگر، در قاعده ضمان ید، معلوم و مشخّص است که ید شخص، ید مالکانه نیست؛ اعمّ از این که شخص، غاصب باشد و به صورت عدوانی مال را در اختیار گرفته باشد، و یا آن که غاصب نباشد و مال از طریق عقدی فاسد در اختیار او باشد. اما موضوع در قاعده ید، «ید مشکوک» است؛ یعنی معلوم نیست که ید شخص در اینجا ید مالکانه است و یا غیر آن؛ به عبارت دیگر، معلوم نیست ذو الید در اینجا مالک شیء است و یا غیر مالک هست. به عنوان مثال: مالی در اختیار زید است و عمرو ادّعا می‌کند که آن مال، از برای اوست و هیچ دلیلی هم بر ادّعایش ندارد؛ این مسأله، موضوع قاعده ید است و با استفاده از قاعده ید- که ید اماره ملکیت است- بر مالکیّت زید حکم می‌شود.

۲) تفاوت حکمی: فرق دوّم، تفاوت از جهت حکم است؛ به وسیله قاعده ضمان ید، یک حکم ضرری بر ضرر کسی که بر مال دیگری ید دارد، اثبات می‌شود و این یک حکم وضعی است؛ ولی در قاعده ید، یک حکم نفعی که عبارت از ملکیت است، اثبات می‌شود. به عبارت دیگر، در قاعده ید، به نفع ذی الید حکم می‌شود، و حال آن که در قاعده ضمان ید، بر ضرر او حکم داده می‌شود.

۳) تفاوت سوم، تفاوت از جهت مورد است؛ بدین معنا که قاعده علی الید فقط در اموال (اعیان مالی) جریان دارد؛ اما قاعده ید، هم د راموال و اعیان مالی جریان دارد و هم در باب نفوس و انساب جاری است؛ و به عنوان مثال: اگر کسی بر زنی ید داشته باشد، در صورتی که فرد دیگری نیز ادّعای زوجیّت او را داشته و دلیلی بر مدّعایش نداشته باشد، به وسیله قاعده ید، اثبات زوجیّت

قاعده ضمان ید، ص: ۳۰

برای کسی که زن در اختیار و ید اوست، می‌شود. در مورد نسب نیز به همین صورت است که اگر شخصی بر بچه‌ای ید داشته و تحت سرپرستی او باشد، شخص دیگری نیز ادّعای پدری او را بدون هیچ دلیلی داشته باشد، قاعده ید به نفع کسی که بر بچّه ید دارد، حکم و اثبات نسب از برای او می‌کند.

بعد از بیان نکات مقدّماتی فوق، وارد مباحث اصلی قاعده ضمان ید می‌شویم. اوّلین مطلبی که در مورد این قاعده باید روشن شود،

بحث از مدرک قاعده است.

۲- مدرک قاعده

اشاره

مدرک و مستند روایی قاعده، حدیث مشهوری از رسول اکرم صلی الله علیه و آله است که می‌فرماید: «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّیه»[۱۵]؛ یعنی بر دست است آن‌چه را گرفته تا زمانی که آن را ادا کند.

از این حدیث، اثری در معاجم حدیثی و کتب اربعه روایی شیعه نیست؛ بـا این وجود، ابن ابی جمهور احسائی این حدیث را در کتاب خویش با نام «عوالی اللئالی» ثبت کرده[۱۶] و محدّث نوری رحمه الله آن را از وی نقل نموده

قاعده ضمان ید، ص: ۳۲

است[۱۷]؛ هم چنین از میان علمای امامیه، اوّلین فقیهی که به این روایت تمسّک کرده، شیخ الطائفه، طوسی رحمه الله است.[۱۸]

بررسی سندی حدیث علی الید

روایت به این صورت در کتاب‌ها آمده است: «قتادة عن الحسن عن سمرة بن جندب، قال النبی صلی الله علیه و آله: «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی» یا «... حتّی تؤدّیه».

هر سه نفری که در سند این حدیث وجود دارند، از نظر خود اهل سنت شدیداً محل اشکال هستند تا چه رسد به امامیّه؛ چرا که «سمرة بن جندب» بنا بر آن‌چه که در کتب فقها و محدّثان آمده، مرد بسیار بدی بوده و از دشمنان سرسخت اهل‌بیت علیهم السلام به شمار می‌رفته و اکاذیب زیادی در جهت مخدوش ساختن چهره‌های اسلامی جعل کرده است. وی حتی در برابر رسول اکرم صلی الله علیه و آله ایستاد و احترامی برای آن حضرت قائل نبود.

ابن ابی الحدید در مورد وی می‌نویسد: معاویه صد هزار درهم به سمره داد تا از رسول خدا صلی الله علیه و آله نقل کند آیه «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِى نَفْسَهُ ابْتِغَآءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَاللَّهُ رَءُوفُ م بِالْعِبَادِ»[۱۹] که درباره‌ی حضرت امیر المؤمنین علی بن ابیطالب علیه السلام نازل شده، مربوط به ابن ملجم مرادی است و آیه‌ی «وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُو فِى الْحَيَوةِ الدُّنْيَا وَيُشْهِدُ اللَّهَ عَلَى مَا فِى قَلْبِهِ ى وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ»[۲۰] در شأن علی بن ابیطالب علیه السلام نازل شده است. وی ابتدا از

قاعده ضمان ید، ص: ۳۳

درخواست معاویه سر باز زد و آن را نپذیرفت؛ ولی هنگامی که معاویه بر مبلغ افزود تا به چهارصد هزار درهم رسید، سمره پذیرفت و به جمع مردم رفت و روایت را جعل کرده و به مردم ابراز داشت.[۲۱] او هم‌چنین می گوید: سمره تا زمان امام حسین علیه السلام نیز زنده بود و در قضیه کربلا، جزء سپاه عبیداللّه بن زیاد بود و مردم را به جنگ با امام حسین علیه السلام تحریک می کرد.[۲۲]

طبری نیز در مورد او می‌گوید: زیاد بن ابیه، ولایت بصره را به سمره داد و او برای تحکیم حکومت بنی امیّه، هشت هزار نفر از مردم آنجا را به قتل رسانید.

وقتی از او پرسیدند آیا از خدا نمی‌ترسی که اگر یک نفر از این عدّه بی‌گناه باشد، چه عقوبتی خواهد داشت؟ پاسخ داد: اگر چنین هم باشد، ترسی ندارم.![۲۳]

امّا «حسن بصری»، ابن ابی الحدید در مورد وی می‌نویسد: «إنّه یبغض علیّاً علیه السلام ویذمّه»[۲۴]؛ ابن ترکمانی نیز در «الجوهر النقیّ» از قول بیهقی می گوید: «أکثر أهل العلم بالحدیث رغبوا عن روایة الحسن عن سمرة وذهب بعضهم إلی أنّه لم یسمع منه غیر

حدیث العقیقهٔ»[۲۵]؛ بسیاری از دانشمندان علم حدیث از روایتی که حسن بصری از سمره نقل می کند، اعراض کرده‌اند؛ و برخی نیز بر این عقیده هستند که او حدیثی به جز حدیث عقیقه از سمره نشنیده است.

بنابراین، اشکال دیگری که در مورد سند حدیث «علی الید» بجز ضعیف بودن رواتش وجود دارد، مرسله بودن آن است.

در مورد «قتادهٔ» نیز گفته شده که وی از مدلّسین بوده است.[۲۶]

قاعده ضمان ید، ص: ۳۴

نتیجه آن‌که حدیث «علی الید» از نظر سند، عند الفریقین- هم نزد امامیّه و هم نزد اهل سنّت- صحیح نبوده و همه نسبت به ضعف آن اتّفاق نظر دارند.

بررسی جبران ضعف سند به وسیله شهرت

با این حال، برخی از بزرگان مثل محقّق بجنوردی رحمه الله شهرت این روایت را چه از نظر نقلی و چه از نظر استنادی، جبران کننده ضعفش دانسته‌اند، و می گویند:

در باب حدیث، احتیاجی به وثاقت راوی نیست و همین مقدار که حدیث موثوق الصدور باشد، کفایت می کند؛ در اینجا نیز، که هم، علمای خاصّه و هم، علمای عامّه، متن حدیث را تلقّی به قبول کرده و بر طبق آن فتوا داده، و آن را در کتاب‌های فقهی به عنوان ارسال مسلّمات ذکر کرده‌اند، ضعف سند جبران می‌شود و به صدور آن اطمینان پیدا می‌شود.

محقّق بجنوردی رحمه الله در این باره می‌نویسد:

«فالبحث عن سنده وأنّه صحیح أو ضعیف لا وجه له؛ لأنّه بعد هذا الاشتهار بین‌الفقهاء وقبولهم له والعمل به فیکون موثوق الصدور، الّذی هو موضوع الحجّیهٔ، بل لا یبعد أن یکون من مقطوع الصدور؛ وعلی کلّ حال، لا کلام فی‌حجّیته»[۲۷].

بیان ایشان مبتنی بر آن است که در بحث حجّیت خبر واحد، این مبنا را اتخاذ کنیم که در اعتبار یک روایت، اطمینان به صدور آن کفایت می‌کند؛ هر چند راوی آن ضعیف باشد. لیکن با قطع نظر از این مبنا، در صورتی که فردی، عدالت و یا توثیق راوی را در روایت لازم بداند، آیا از راه عمل مشهور می‌توان گفت که ضعف سند جبران شده، و سند روایت همانند صحیح می‌شود؟ از این رو، لازم است که وجود شهرت جابر ضعف سند در مورد این

قاعده ضمان ید، ص: ۳۵

روایت را بررسی نمائیم.

مرحوم کاشف الغطاء در «شرح القواعد» قائل است اگر حدیثی به حدّ تواتر یا استفاضه برسد، احتیاجی به بحث سندی ندارد؛ در مورد حدیث «علی الید» نیز می گوید: «المستفیض المجمع علی مضمونه».

ملّا احمد نراقی رحمه الله نیز شهرت این حدیث در میان اصحاب و تلقّی به قبولشان را جابر ضعف سند آن دانسته و قائل است که در این صورت، حدیث «علی الید» احتیاجی به بحث سندی ندارد. وی می گوید:

«... إلّاأنّ اشتهارها بین الأصحاب، وتداولها فی کتبهم، وتلقّیهم لها بالقبول، واستدلالهم بها فی موارد عدیدهٔ، یجبر ضعفها، ویکفی عن مؤونهٔ البحث عن سندها»[۲۸].

ملّا محمّد نراقی رحمه الله نیز در «مشارق الأحکام» عبارتی نظیر بیان مرحوم محقّق نراقی داشته و در مورد سند حدیث «علی الید» می‌نویسد:

«والأصل فی اقتضاء الید الضمان، بعد الإجماع علیه: الخبر النّبوی المشهور: «علی‌الیدما أخذت حتّی تؤدّی»، واشتهاره فی کتب الأصحاب روایهٔ وعملًا، وتلقّیهم بالقبول، واستدلالهم به فی موارده من غیر نکیر، الجابر لضعفه بالإرسال، یکفی عن مؤونهٔ البحث عن

سنده، بل لا یقصر عن الصحیح».[۲۹]

محقّق مراغی رحمه الله نیز به دلیل وجود شهرت و این که حدیث مورد قبول علمای فریقین است، نیازی به بررسی سند و احراز صحت آن نمی‌بیند و وارد بحث دلالی روایت می‌شود. وی می‌نویسد:

«... الخبر النبویّ المنجبر بالشهرهٔ، المتلقّی بالقبول عند العامّهٔ

قاعده ضمان ید، ص: ۳۶

والخاصّهٔ، بحیث یغنی عن ملاحظهٔ سنده وصحّته، بل هو ملحق بالقطعیات فی الصدور ...»[۳۰].

بنابراین، کسانی که قبول دارند عمل مشهور جابر ضعف است، روایت را حجّت می‌دانند و از نظر آنان استناد عمل مشهور به حدیث «علی الید» محرز است.

اشکال امام خمینی رحمه الله در مورد استناد عمل مشهور به حدیث علی الید

امام رحمه الله با این که کبرای قضیه را قبول داشته و قائل‌اند عمل مشهور ضعف سند را جبران می‌کند، امّا از نظر صغری- احراز استناد عمل مشهور- بحث مبسوطی را ارائه داده[۳۱] و به این نتیجه می‌رسند که استناد قدمای از فقها به این روایت محرز نیست.

ایشان اعتبار سند این حدیث را در نزد فقهای صدر اوّل- دوره‌ی قبل از زمان علّامه رحمه الله- مورد بررسی قرار می‌دهند و می‌فرمایند: تا قبل از زمان علّامه رحمه الله، نگرش فقهای گران‌قدر به حدیث «علی الید» به عنوان خبری بوده که از طریق عامّه نقل شده و برای احتجاج با آنان مورد توجّه فقهای شیعه بوده است و نه استناد به حدیث.

«قال السیّد رحمه الله فی «الإنتصار» فی مسألهٔ ضمان الصنّاع: وممّا یمکن أن یعارضوا به- لأنّه موجود فی روایاتهم وکتبهم- ما یروونه عن النّبی صلی الله علیه و آله من قوله: «علی الید ماجنت حتّی تؤدّیه».

والظاهر منه عدم اعتماده علیه، بل أورده معارضهٔ لا استناداً.

وأورده شیخ الطائفهٔ رحمه الله فی مسائل «الخلاف» فی غیر مورد، وفی «المبسوط» روایهٔ واحتجاجاً علی القوم، کما هو دأبه فی کتابیه،

قاعده ضمان ید، ص: ۳۷

لا استناداً ...»[۳۲]. سیّد مرتضی رحمه الله در کتاب «انتصار» در مسأله ضمان صنعت‌گران آورده است که: از جمله مواردی که می‌توان با عامّه معارضه کرد- چون در کتاب‌های روایی و فقهی آن‌ها موجود است- روایتی است که آن‌ها از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل می‌کنند که: «علی الید ما جنت حتّی تؤدّیه»[۳۳] و ظاهر عبارت سیّد رحمه الله بیان‌گر آن است که ایشان این روایت را مورد استناد قرار نداده‌اند، بلکه تنها جهت معارضه‌ی با عامّه ذکر کرده است.

شیخ طوسی رحمه الله نیز در کتاب «خلاف» در موارد مختلفی- از جمله در بحث غصب، مسأله ۲۰- به این روایت تمسّک کرده است؛ و در کتاب «مبسوط» نیز این روایت را نقل کرده است؛ و ظاهر از نقل خصوص روایات اهل سنّت این است که ایشان در مقام احتجاج با عامّه، روایت را آورده است و نه جهت استناد به آن‌ها.

ایشان در ادامه، هم‌چنین بیان می‌دارد: ابن زهره رحمه الله در کتاب «غنیه» در باب غصب و اجاره، حدیث «علی الید» را آورده، که ظاهر آن است که در این موارد نیز خبر فوق به عنوان استناد ذکر نشده و بلکه در مقام احتجاج با عامّه آورده شده است. ایشان در نهایت می‌نویسد:

«وقد تفحّصت «نکت النهایهٔ» المنسوبهٔ إلی المحقّق رحمه الله مظانّ إمکان الاستدلال به فلم‌أجده، مع أنّ تلک الموارد محالّ الإستدلال به لو تمّ سنده ودلالته عنده. کما أنّ الظاهر عدم وجوده فی «المقنع» و «الهدایهٔ» و «المراسم» و «الوسیلهٔ» و «جواهرالفقه».

کتاب «نکت النهایهٔ» محقّق رحمه الله را جستجو کردم و در مظانّ امکان

قاعده ضمان ید، ص: ۳۸

استدلال به این حدیث، چیزی نیافتم؛ چرا که اگر سند و دلالت حدیث برای محقّق رحمه الله تمام بود، می‌بایست در این موارد به آن تمسّک و استدلال کند. همان‌گونه که این حدیث در کتاب‌های «المقنع» و «الهدایهٔ» شیخ صدوق رحمه الله، «المراسم» سلّار رحمه الله، «الوسیلهٔ» سیّد ابن حمزه رحمه الله و «جواهر الفقه» قاضی ابن برّاج رحمه الله نیامده است.

ممکن است کسی بگوید: ابن ادریس رحمه الله نیز که از علمای متقدّم است، در موارد بسیاری به این حدیث تمسّک کرده‌اند؛ و بنابراین، فرمایش امام رحمه الله دچار اشکال است. ایشان به این مطلب نیز توجه داشته، می‌نویسد:

«نعم، إنّ إبن ادریس رحمه الله تمسّک به فی «السرائر» فی موارد، ونسبه جزماً إلی رسول اللّه صلی الله علیه و آله[۳۴]، مع عدم عمله بالخبر الواحد، ... لکن فی کتاب غصب «السرائر» تمسّک فی مسألهٔ بالأصل وعدم الدلیل، ثمّ قال: ویحتجّ علی المخالف بقوله صلی الله علیه و آله «علی الید ...»[۳۵] إلی آخره. وهذا، یوجب حصول الاحتمال بأنّ سائر الموارد من قبیل الاحتجاج علیهم، لا التمسّک به، وإن کان خلاف ظاهره»[۳۶].

امام خمینی رحمه الله می‌فرماید: ابن ادریس رحمه الله با این که به خبر واحد عمل نمی‌کند، در کتاب «سرائر» در موارد متعدّدی به حدیث «علی الید» تمسّک کرده و به طور یقینی آن را از پیامبر صلی الله علیه و آله دانسته است؛ امّا از طرف دیگر، در کتاب غصب «سرائر» در مسأله‌ای به اصل تمسّک کرده و به این خبر به عنوان دلیل استناد نکرده است و بلکه آن را در مقام احتجاج با عامّه برشمرده است. این امر سبب می‌شود که احتمال دهیم دیگر موارد نیز از همین باب و به عنوان

قاعده ضمان ید، ص: ۳۹

احتجاج با عامّه است، هرچند که خلاف ظاهر عبارات ابن ادریس رحمه الله می‌باشد.

بنابراین، با توجه به مجموع آن‌چه که حضرت امام رحمه الله در این باره گفته‌اند، ایشان به احتجاجی بودن نقل حدیث در کتب قدما و نه استنادی بودن آن تمایل پیدا کرده و شهرت یافتن آن را پس از علّامه رحمه الله در صحّت سند خبر مزبور مفید نمی‌دانند.

پاسخ اشکال امام خمینی رحمه الله

والد بزرگوار حضرت آیت‌اللّه العظمی فاضل لنکرانی «دام ظلّه» در «القواعد الفقهیّهٔ» فرمایش امام رحمه الله را مورد مناقشه قرار داده و در مقام پاسخ از اشکال می‌فرماید:

«ویمکن الإیراد علیه بظهور عبارهٔ السیّد فی الانتصار فی أنّه فی مقام الاحتجاج علیهم بما هو مقبول عنده وعندهم، لا بما هو مورد لقبولهم فقط، حتّی یکون من باب الجدل، وأظهر منه عبارهٔ الشیخ فی الخلاف ...

وأمّا عدم تعرّض جمع من کتب القدماء والمتوسّطین له، فلعلّه لأجل أنّه لا یکون مفاد الروایهٔ مخالفاً للقاعدهٔ الثابتهٔ عند العقلاء؛ لأنّ بناءهم أیضاً علی ضمان ید الغاصب والرجوع إلیه لأخذ العین أو المثل أو القیمهٔ، کما لا یخفی ...»[۳۷]. امکان این وجود دارد که بر کلام امام خمینی رحمه الله چنین اشکال شود:

ظاهر عبارت سیّد مرتضی رحمه الله در کتاب «انتصار» این است که ایشان در مقام احتجاج، به روایتی که هم مقبول نزد خودش و هم مقبول نزد اهل سنّت است، تمسّک نموده‌اند؛ نه آن‌که این روایت، فقط مقبول در نزد آن‌ها باشد؛ که در این صورت، عبارت سیّد از باب

قاعده ضمان ید، ص: ۴۰

جدل می‌شود. و ظاهرتر از آن، عبارت مرحوم شیخ طوسی در کتاب «خلاف» است ...

امّا اين كه روايت «على اليـد» در كتاب‌هاى بعضـى از قـدما و متوسـطين ذكر نشـده است، شايد به جهت آن باشد كه مفاد روايت با قاعـده ثـابت نزد عقلاـ مخـالف نيست؛ چرا كه بنـاى عقلاـ نيز بر ضـمان يـد غـاصب و رجوع به او براى گرفتن عين مال، يا مثل و يا قيمتش است ...

علاـوه بر اين، مرحوم شـيخ طوسـى رحمه الله در كتـاب خلاـف خود مواردى را بيـان مى‌كننـد كه در آن‌هـا روايت به عنوان استناد آورده شده است و نه احتجاج با عامّه.[۳۸]

و يا شـيخ طوسـى رحمه الله در چند مورد از كتاب مبسوط اين روايت را به عنوان استناد ذكر مى‌كند و نه احتجاج با عامّه؛ مانند اين مورد كه مى‌فرمايد:

«وإذا ثبت ذلـك فالوديعـة جـائزة من الطرفين، من جهـة المودِع متى شاء أن يستردّها فعل، ومن جهـة المودَع متى شاء أن يردّها فعل، بدلالة ما تقدّمت من الأخبار والآى، روى سمرة أنّ النّبى صلى الله عليه و آله قال: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى»[۳۹].

نكته ديگرى كه در سخنان امام خمينى رحمه الله وجود دارد، اين است كه ايشان مى‌فرمايد:

«ولم أرَ إلى الآن فيما عندى من كتب العلّامة تمسّك به لإثبات حكم، وإنّما نقل عن إبن‌الجنيد وابن إدريس التمسّك به على ما حكى ...»[۴۰]؛ من در كتب علّامه رحمه الله موردى را نديده‌ام كه ايشان به اين روايت، براى

قاعده ضمان يد، ص: ۴۱

اثبـات حكمى تمسّك كرده باشـد؛ و فقـط مرحـوم علّـامه از ابن جنيـد و ابن ادريس رحمهمـا الله نقـل كرده است كه به اين روايت تمسّك كرده‌اند.

در نقـد كلاـم ايشـان دو مطلب را مى‌تـوان بيـان داشت؛ اوّل آن‌كه بـا مراجعه به كتاب‌هـاى علّـامه رحمه الله، معلوم مى‌شود مواردى وجود دارد كه ايشان بـدون نقل قول از ابن جنيـد و ابن ادريس، به اين روايت تمسّك مى‌كنند. به عنوان مثال، موارد زير را مى‌توان نام برد:

۱- «احتجّوا بعموم قوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى»[۴۱]. ۲- «لما روى عن النّبى صلى الله عليه و آله أنّه قال: على‌اليد ماأخذت حتّى تؤدّى»[۴۲]. ۳- «والرسول عليه السلام قال: على اليـد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[۴۳]. ۴- «وقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[۴۴].

مطلب دوّم نيز اين است كه فخر المحقّقين فرزنـد علّـامه رحمهمـا الله در كتاب «ايضاح الفوائـد» كه شـرح كتاب «القواعـد والفوائـد» علّامه رحمه الله است، در موارد بسيارى به اين روايت تمسّك و اشاره مى‌كنـد[۴۵]؛ و اگر اين روايت در نزد پـدر بزرگوارش مورد قبول نبود، حدّاقل به آن اشاره مى‌كرد.

بنـابراين، نتيجه مبـاحث تـا اينجـا اين مى‌شود كه اشـكال صـغروى حضـرت امـام رحمه الله قابـل جواب است. از اين رو، كسـانى كه معتقدند عمل مشهور جابر ضعف سند روايت است، به اين روايت مى‌توانند عمل كنند.

قاعده ضمان يد، ص: ۴۲

فقدان روايت در كتب اربعه و تأثير آن بر استدلال به حديث

اشكال ديگرى كه ممكن است به اين روايت گرفته شود، آن است كه فقدان حديث «على اليد» در كتب اربعه، جواز استدلال به اين روايت را مخدوش مى‌كند و ديگر نمى‌توان براى ضمان يد به اين حديث استدلال كرد.

پاسـخ اين اشـكال نيز آن است كه در علم رجـال ثـابت شـده است نبود يك روايت در كتب اربعه موجب ضـعف روايت نمى‌شود؛ همان‌گونه كه وجود روايت در آن كتاب‌ها قرينه حجّيت آن روايت نيست. چه آن‌كه روايات معتبرى وجود دارد كه علما و بزرگان

بر طبق آن عمل و بدان اعتماد می‌کنند، امّا در کتب اربعه ذکری از آن‌ها به میان نیامده است؛ و از دیگر سو، در این کتاب‌ها روایات ضعیف نیز ذکر گردیده است.

به عبارت دیگر، ملاک آن است که خبر واجد شرایط باشد و از شرایط حجت خبر، وجود آن در کتب اربعه است؛ زیرا اگر حجت منحصر به این کتب شود، سبب می‌شود که بقیه از اعتبار ساقط شود در حالی که کثیری از کتب دیگر در اشتهار نزدیک به همین کتب اربعه می‌باشند، مانند عیون و خصال و اکمال الدین و بزرگان امامیه همیشه و در همه اعصار به این کتب استناد می‌کردند و از هیچ کس شنیده نشده است که اکتفا نمایند بر روایات کتب اربعه و اینکه فقهاء توجه بیشتری به کتب اربعه داشته‌اند به این معنی نیست که غیر از آن حجیت ندارد، بلکه چون اینها دارای ترتیب و حسن تهذیب بودند و مؤلفین آنها از رؤسای شیعه بودند و علاوه غیر از کتاب کافی بقیه کتب اربعه منحصر در احکام می‌باشند در حالی که سایر کتب حدیثی اخبار غیر فقهی نیز دارند و این اقتضای تفرق را دارد به نحوی که مراجعه به آن مشکل است، از این جهت رغبت فقهاء به مراجعه به آنها کمتر بوده است.

نتیجه بحث سندی روایت: نیتجه‌ای که از مباحث سندی روایت گرفته

قاعده ضمان ید، ص: ۴۳

می‌شود، این است که حدیث «علی الید» از احادیث معتبر بوده و استناد به آن برای ضمان ید تمام است.

بحث بعدی در این قاعده، در مورد مفاد و دلالت این روایت است، امّا قبل از آن، لازم است نکات زیر تذکر داده شود.

۱- اجمال روایت: برخی از بزرگان روایت «علی الید» را از حیث دلالت مجمل دانسته و گفته‌اند: روایت مزبور دلالتی بر ضمان ندارد.[۴۶]

شبیه استدلال فوق را در بحث قاعده لاحرج نیز داشتیم که در آن بحث، بعضی از علما قائل بودند معنای حرج روشن نبوده و اجمال دارد؛ مجمل نیز فاقد صلاحیت استدلال است. لکن چنان‌که بیان خواهیم کرد و بزرگان علما[۴۷] نیز گفته‌اند، در روایت «علی الید» هیچ اجمالی وجود ندارد و حدیث به خوبی بر ضمان ید دلالت دارد.

۲- اخباری بودن روایت: نکته دوّم این است که اگر حدیث «علی الید» بخواهد به عنوان مستند حکم فقهی فقها قرار گیرد، لازم است که پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله در هنگام بیان این روایت، در مقام انشاء و جعل حکم باشند و نه در مقام اخبار؛ اگر گفته شود روایت «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی» جمله خبریه بوده و متضمّن حکم شرعی- تکلیفی یا وضعی- نیست، معنای روایت این می‌شود که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرموده باشند: «چیزی که در دست انسان است تا زمانی که آن را ادا کند، در دستش است».

نادرستی این احتمال نیاز به بحث و استدلال ندارد؛ زیرا، اولًا: علاوه بر رکاکت معنای خبری روایت، کلمه «علی» موجود در روایت، ظهور در الزام دارد؛ ثانیاً: نقل این روایت و استدلال به آن توسط بزرگان از فقهای خاصه و

قاعده ضمان ید، ص: ۴۴

عامه، کاشف از این است که متفاهم عرفی از این روایت، جمله خبریه نبوده است؛ ثالثاً: اگر چه روایت به صورت جمله خبریه صادر شده، لکین منافاتی میان جمله خبریه و انشای حکم نیست؛ چون در اصول ثابت شده است گاه شارع مقدّس، به جهاتی، احکام شرعی را با جمله خبریّه انشاء می‌کند. در هر صورت، با اندک دقّتی در سیاق روایت، دلالت آن بر حکم شرعی، بی‌نیاز از استدلال و برهان است.

پس از بررسی سندی این حدیث، نوبت به بحث از دلالت و متن حدیث می‌رسد؛ و از این حیث، لازم است در دو جهت بحث نماییم. جهت اوّل:

بررسی مفاد ترکیبی حدیث است؛ به این معنا که مجموع ترکیبی حدیث را مورد بررسی و تحقیق قرار دهیم. و جهت دوّم: بررسی

مفردات حدیث و الفاظ مذکور در حدیث است.

قاعده ضمان ید، ص: ۴۵

بخش اوّل: بررسی مفاد ترکیبی حدیث «علی الید»

فصل اوّل: نظریّات موجود در مفاد روایت

اشاره

پس از روشن شدن این که حدیث «علی الید» در مقام انشاء و جعل حکم است، باید دید آیا روایت، در مقام بیان حکم تکلیفی است و یا آن‌که مفاد روایت، جعل حکم وضعی است؟

در مورد این که حدیث «علی الید» دلالت بر حکم تکلیفی می‌کند و یا وضعی، شش نظریّه وجود دارد:

۱) برخی از فقها، از جمله مرحوم شیخ طوسی رحمه الله قائل‌اند روایت فقط بر حکم تکلیفی «وجوب الردّ» دلالت دارد. مطابق این نظر، روایت دلالتی نسبت به «بعد التلف» نداشته و فقط حکم ضمان را در صورت بقای عین مال بیان می‌کند.

۲) عدّه‌ای دیگر از بزرگان، هم‌چون ملّاأحمد نراقی[۴۸] و محقّق ایروانی[۴۹] رحمهما الله

قاعده ضمان ید، ص: ۴۸

معتقدند که از روایت حکم تکلیفی «وجوب الحفظ» فهمیده می‌شود؛ و این حدیث دلالتی بر وجوب الردّ ندارد.

۳) مشهور فقها بر این عقیده‌اند که حکم مستفاد از «علی الید» حکم وضعی ضمان، هم در صورت بقا و هم در صورت تلف است. بدین معنا که در فرض وجود مال، ذی الید ضامن عین است و باید آن را به مالکش باز گرداند؛ و در صورت تلف عین نیز ضامن مثل و یا قیمت آن است.

۴) نظر چهارم این است که روایت بر حکم وضعی ضمان، فقط در صورت تلف دلالت دارد؛ بنابراین، ذی الید در صورت بقای عین ضامن آن نخواهد بود.

۵) محقّق نائینی رحمه الله معتقد است «علی الید» به دلالت مطابقی بر ضمان دلالت دارد، امّا به دلالت التزامی، دلالت بر حکم تکلیفی دارد.[۵۰]

۶) نظر ششم این است که «علی الید» به دلالت مطابقی، هم بر حکم وضعی و هم بر حکم تکلیفی دلالت می‌کند.

برای مشخص شدن این که کدام‌یک از نظریات فوق صحیح است، بررسی و دقت در دو مطلب ضروری است.

گفتار اوّل: بررسی تفاوت دلالت «علی الید» با توجه به متعلّق آن

اشاره

اختلاف شده است که معنای «علی» با توجه به اسنادش- این که به مالی از اموال نسبت داده شود و یا به فعلی از افعال مکلّفین- فرق می‌کند یا آن که در هر حال به یک معناست؟.

۱- نظریّه شیخ انصاری رحمه الله

نظر مرحوم شیخ اعظم انصاری قدس سره این است که اگر «علی» به فعلی از افعال

مکلّفین اسناد داده شود، ظهور در حکم تکلیفی دارد؛ همان‌گونه که در آیه شریفه «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا»[۵۱] جار و مجرور بـه حـجّ که فعلی از افعال مکلّفین است، اسناد داده شده و بر حکم تکلیفی دلالت دارد؛ امّا اگر جارّ و مجرور به مالی از اموال نسبت داده شود- همانند موردی که گفته شود «عليَّ دَينٌ»- ظهور در حکم وضعی دارد. در این بحث نیز منظور از «ما أخذت»، «المأخوذ» و «عين من الأعيان الخارجية» است، و همانند موردی است که ظرف به مالی از اموال نسبت داده شود؛ بنابراین، ظهور در حکم وضعی دارد.

شیخ انصاری رحمه الله می‌فرماید:

«والخدشة فی دلالته- [أی: فی دلالة النبویّ المشهور]-: بأنّ كلمة «على» ظاهرة فی‌الحكم التكليفی فلا يدلّ على الضمان، ضعيفة جدّاً؛ فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا اسندالظرف إلى فعلٍ من أفعال المكلّفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: «عليه‌دين»، فإنّ لفظة «على» حينئذٍ لمجرّد الاستقرار فی العهدة، عيناً كان أو ديناً ...»[۵۲].

پس از شیخ انصاری رحمه الله نیز بزرگانی مثل محقّق نائینی رحمه الله این نظر و تفصیل را پذیرفته و معتقدند حدیث «على اليد» بر حکم وضعی ضمان دلالت دارد.

میرزای نائینی قدس سره می‌گوید:

«... فإنّ الظرف فی المقام ظرف مستقرّ لوقوعه خبراً، فاستقرار الأموال وثبوتها على‌اليد ظاهر فی الحكم الوضعی، كما إذا قيل: «عليه دين أو عين»، أی يستقرّ عليه‌الدين. وحمل الحديث على

الحكم التكليفی خلاف الظاهر؛ لاقتضائه أن يجعل‌الظرف لغواً، ويقدّر: «يجب» ونحوه، ولا شاهد عليه. نعم، إذا كان متعلّق الحروف الجارّة وما اسند إليه الظرف فعلًا من الأفعال كما إذا قيل: «عليه القيام‌والقعود»، فظاهره فی الحكم التكليفی»[۵۳].

۲- نظریّه محقّق ایروانی رحمه الله

در مقابل نظریّه مرحوم شیخ انصاری و محقّق نائینی رحمهما الله، نظریّه محقّق ایروانی رحمه الله قرار دارد. ایشان تفصیل شیخ اعظم رحمه الله را نپذیرفته و می‌فرماید: در مواردی که «علی» به فعلی از افعال مکلّفین نسبت داده شود، بدون هیچ تردیدی در حکم تکلیفی ظهور دارد؛ امّا در مواردی که به مالی از اموال نسبت داده می‌شود، باید فعلی (یک عمل خارجی مکلّف) را در تقدیر گرفت؛ به عنوان مثال: در «عليّ مالٌ» باید کلمه‌ی «أداء» یا «حفظ»، در تقدیر گرفته شود و در این صورت نیز بر حکم تکلیفی دلالت خواهد داشت.

ایشان در مورد مثال «عليّ دينٌ» که ظهور در حکم وضعی دارد نیز می‌گوید:

در این مثال، اشتغال ذمّه و حکم وضعی ضمان از خود کلمه‌ی «دین» استفاده می‌شود و این کلمه قرینه بر این معناست؛ امّا بحث ما در این است که مدلول و محتوای اسناد «علی» بر چه چیزی است؟

عبارت محقّق ایروانی رحمه الله چنین است:

«لا فرق بين الإسنادين فی استفادة التكليف من الظرف، فيقدّر الفعل فيما اسند إلى‌المال كما يقدّر الفعل عند إسناد التكليف إلى الذات، ففی مثل «عليّ عيال» معناه إنّی مكلّف بنفقة العيال، وأمّا مثال «عليّ دينٌ» فاشتغال الذمّة فيه يستفاد من لفظدين لا من كلمة عليّ، وكذا «عليّ مالٌ» بعد القرينة على أنّ المراد من المال

قاعده ضمان ید، ص: ۵۱

الدینُ‌دون العین ...»[۵۴].

ایشان پس از بیان این که در مورد استفاده حکم تکلیفی، بین اسناد به مال و اسناد به فعل مکلّف فرقی نیست، این احتمال را می‌دهند که در مورد «علیّ مال أو علیّ أو فی رقبتی مقدار کذا من المال» امکان دارد که ضمان و اشتغال ذمّه استفاده شود. امّا این مطلب نفعی به حال حدیث «علی الید» ندارد؛ زیرا، در روایت نیامده است «علی مال» تا بتوان حکم وضعی ضمان را از آن استفاده کرد، بلکه در روایت «علی الید» آمده است که ظهور در حکم تکلیفی دارد.

به عبارت دیگر، متکلّم، در این مورد، در مقام بیان این مطلب است که تکلیفی را به سبب ید اثبات نماید؛ شاهد آن نیز آیه شریفه «إِنَّ السَّمْعَ وَ الْبَصَرَ وَ الْفُؤَادَ کُلُّ أُوْلئِکَ کَانَ عَنْهُ مَسْولًا»[۵۵] است که در آن جوارح بدن به جهت آن‌که سبب عصیان شده‌اند، جزا و عقاب به آن‌ها نسبت داده شده است و منظور حکم تکلیفی است و نه حکم وضعی.

بنابراین، محقّق ایروانی رحمه الله قائل است که حدیث «علی الید» دلالت بر حکم تکلیفی دارد و نه وضعی؛ وی در ادامه نیز می‌فرماید: آن حکم تکلیفی، «وجوب حفظ» است و نه «وجوب الأداء»؛ چه آن‌که «وجوب الأداء» با غایت موجود در روایت ناسازگار است.[۵۶]

قاعده ضمان ید، ص: ۵۲

محقّق ایروانی رحمه الله در نهایت قبول دارند که مواردی مثل «علیّ مال» یا «علی رقبتی کذا من المال» دلالت بر حکم وضعی ضمان دارد؛ امّا در مورد «علی الید» می‌خواهد بفرماید کلمه‌ی «ید» قرینیّت بر تکلیف دارد و دیگر نمی‌توان حکم وضعی را از این حدیث استفاده کرد.

به ایشان اشکال می‌شود که چنین قرینیّتی از کجا استفاده می‌شود؟ کلمه «ید» هم می‌تواند موضوع برای حکم تکلیفی قرار بگیرد و هم می‌تواند موضوع حکم وضعی باشد؛ این که کلمه «ید» ظهور در حکم تکلیفی دارد، چگونه و به چه دلیلی است؟.

ایشان فقط چنین ادّعایی دارند و بر این مدّعا هیچ دلیلی اقامه نمی‌کنند.

۳- نظریّه امام خمینی رحمه الله

نظریّه سومی که در این زمینه بیان شده، از سوی مرحوم امام خمینی است که به نظر صحیح می‌نماید؛ و هم مطابق با موارد استعمال عرفی است و هم موافق با لغت می‌باشد. ایشان قائل‌اند کلمه‌ی «علی» فقط بر حکم وضعی دلالت دارد، حتی در مواردی که ظرف- «علی» و مجرور آن- به فعلی از افعال نسبت داده شود. نظر ایشان درست در نقطه مقابل نظریّه محقّق ایروانی رحمه الله قرار می گیرد که می‌فرمود: «علی الید» چه به فعلی از افعال اسناد داده شود و چه به مالی از اموال اسناد داده شود، ظهور در حکم تکلیفی دارد.

امام خمینی رحمه الله آیه شریفه «وَلِلَّهِ عَلَی النَّاسِ حِجُّ الْبَیْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَیْهِ سَبِیلًا»[۵۷] را به عنوان شاهد ذکر نموده و می‌فرماید: در این آیه شریفه، با آن‌که

قاعده ضمان ید، ص: ۵۳

ظرف- «علی الناس»- به حجّ که فعلی از افعال مکلّفین است، اسناد داده شده، حکم وضعی را استفاده می کنیم؛ یعنی خداوند در این آیه شریفه می‌فرماید:

حجّ دینی بر عهده مکلّف بوده و ذمّه مکلّف به حجّ مشغول است؛ به همین دلیل است که اگر شخصی مستطیع شود و عمل حجّ را بجا نیاورد و بمیرد، باید بعد از مرگش برای او حجّ انجام دهند؛ چه آن‌که حجّ نیز همانند سایر دیون اوست و باید ادا شود. در صورتی که اگر آیه شریفه در مقام بیان حکم تکلیفی باشد، به محض آن‌که شخص از دنیا برود، حکم تکلیفی او نیز ساقط می‌شود؛

چرا که متعلق حکم تکلیفی محض، خود مکلّف است و با مرگ از بین می‌رود.

از این رو، باقی بودن تکلیف حجّ بر ذمّه شخص حتّی پس از مردن او، کاشف از این است که آن حکمی که اوّلًا و بالذات صادر شده، اشتغال ذمّه- حکم وضعی ضمان- است؛ هرچند که به دنبال هر حکم وضعی، یک حکم تکلیفی نیز وجود دارد.

عبارت مرحوم امام خمینی قدس سره در کتاب البیع چنین است:

«أقول: الظاهر ظهور «علی» فی الاستقرار علی العهدهٔ، من غیر فرق بین إسنادها إلی الفعل أو المال، فقوله تعالی: «وَلِلَّهِ عَلَی النَّاسِ حِجُّ الْبَیْتِ» إلی آخره، ظاهر فی‌استقرار الحجّ علی عهدهٔ المستطیع، و أنّه صار دیناً علیه، ولهذا لو ذهبت استطاعته وجب علیه الحجّ واستقرّ فی ذمّته، ولو مات یخرج من ماله، فلو کان صرف تکلیف سقط بموته أو سلب استطاعته، لم یکن وجه له، والوضع فی الآیهٔ الکریمهٔ یستفاد من «علی» لا غیر»[۵۸].

[۵۹] به نظر می‌رسد فرمایش مرحوم امام صحیح است؛ و اگر به لغت نیز مراجعه شود، معلوم می‌گردد که «علی» به معنای استقرار در عهده است؛ همان‌گونه که

قاعده ضمان ید، ص: ۵۴

«ل» مفید مطلق الاختصاص است؛ امّا هنگامی که گفته می‌شود «هذا لزید» از «ل» منفعت نیز استفاده می‌شود. به عبارت دیگر، همان‌طور که از «ل» منفعت استفاده می‌شود، از «علی» نیز یک عنوان ضرری استفاده می‌شود و عنوان «عهده» در معنای «علی» اشراب شده است. بدین معنا که عهده و ذمّه چیزی است که سنگینی مال و مانند آن بر آن قرار می‌گیرد؛ به عنوان مثال، همان‌گونه که در «زید علی السطح» بین زید و سطح نسبت استعلائیه برقرار است و سنگینی زید بر سطح قرار می‌گیرد، در باب حقوق نیز وقتی گفته می‌شود «علی زید کذا»، یعنی آن امر بر عهده زید استیلا و استعلا دارد؛ و این چیزی غیر از ضمان و حکم وضعی نیست.

پس از روشن شدن این مطلب که حکم استفاده شده از حدیث «علی الید»، حکم وضعی ضمان است، نوبت به این بحث می‌رسد که «علی الید» متعلّق به چیست؟

گفتار دوّم: بررسی احتمالات موجود در متعلّق «علی الید»

اشاره

پر واضح است که در حدیث «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّیه»، «علی الید» از جار و مجرور تشکیل شده و خبر مقدّم برای مبتدای مؤخّر- یعنی «ما أخذت»- است؛ و هر جار و مجروری نیاز به متعلّق دارد؛ و به دیگر سخن، نیازمند به عامل مقدّر است؛ چه آن‌که «ما أخذت» به معنای مأخوذ خارجی، مبتدای مؤخر است و نمی‌تواند متعلّق برای آن قرار بگیرد.

بنابراین، گفته‌اند که هم باید برای جار و مجروری متعلّقی را در نظر گرفت و هم باید مضافی را برای «ما أخذت» در تقدیر گرفت؛ چرا که بدون در نظر گرفتن مضاف، «ما أخذت» نمی‌تواند به عنوان مبتدای مؤخّر باشد.

فقها نسبت به این که عامل مقدّر و متعلّق «علی الید» چیست، اختلاف

قاعده ضمان ید، ص: ۵۵

کرده‌اند؛ برخی آن را افعال عموم[۶۰] گرفته‌اند، یعنی: «ما أخذت الید ثابت أو مستقرّ علی الید»؛ در این صورت، «علی الید» ظرف مستقرّ می‌شود و بلاشکّ حدیث، بر حکم وضعی دلالت دارد.

در مقابل، عدّه‌ای دیگر نیز متعلّق «علی الید» را فعل خاص مثل «یجب» یا «یلزم» قرار داده- «ما أخذت الید یجب علی الید»- و «علی الید» را ظرف لغو دانسته‌اند. در این صورت، لازم است که برای آن فعل، فاعلی نیز در نظر گرفته شود؛ چرا که متعلّق احکام تکلیفیه

باید فعلی از افعال مکلّفین باشد و در اینجا «ما أخذت» به معنای «مأخوذ» عین خارجی است و نمی‌تواند متعلّق حکم تکلیفی قرار گیرد. پس، معنای عبارت حدیث چنین می‌شود: «ما أخذ الید یجب ردّه علی الید» یا «ما أخذت الید یجب حفظه علی الید»؛ البته احتمال دیگر آن است که کلمه‌ی «ردّ یا حفظ» را به عنوان مضاف «ما أخذت» در نظر گرفت و گفته شود: «ردّ ما أخذت الید یجب علی الید» یا «حفظ ما أخذت الید یجب علی الید».

احتمالات مطرح در متعلّق «علی الید»

بنابراین، در مجموع، در مورد متعلّق «علی الید» و معنای روایت سه احتمال وجود دارد:

۱) «ردّ ما أخذت الید یجب علی الید»؛ در این صورت، حدیث بر حکم تکلیفی وجوب الردّ دلالت دارد.

۲) «حفظ ما أخذت الید یجب علی الید»؛ در این احتمال، حکم تکلیفی وجوب الحفظ را از حدیث استفاده می کنیم.

۳) «ضمان ما أخذت الید ثابت علی الید»؛ که در این مورد به روشنی حکم

قاعده ضمان ید، ص: ۵۶

وضعی ضمان از روایت استفاده می‌شود و هیچ تردیدی در آن وجود ندارد.

در مورد احتمال سوم، ممکن است گفته شود که احتیاجی به بیش از یک تقدیر- فعل عموم- نبوده و لازم نیست کلمه «ضمان» به عنوان مضاف «ما أخذت» در تقدیر گرفته شود؛ چرا که از خود «ثابت» ضمان استفاده می‌شود، و عبارت «ما أخذت الید ثابت علی الید» به خوبی دلالت می کند که چیزی بر عهده ذی‌الید وجود دارد؛ هرچند بزرگانی مثل محقّق بحرالعلوم[۶۱] و مولی احمد نراقی[۶۲] رحمهما الله قائل‌اند حتّی طبق این احتمال که از حدیث حکم وضعی استفاده می‌شود نیز باید دو تقدیر را در نظر گرفت؛ یکی متعلّق «علی الید» و دیگری مضاف «ما أخذت».

علّت طرح این مطلب آن است که آیا چنین سخنی می‌تواند به عنوان مرجّح احتمال سوم باشد؟ پاسخ این است که اگر در مباحث آینده به این نتیجه منتهی شویم که تمام احتمالات سه‌گانه از نظر اشکال در یک سطح قرار دارند، مطلب فوق می‌تواند به عنوان مرجّح احتمال سوم مطرح گردد و صحیح است؛ لیکن اگر کسی به این نتیجه برسد که احتمال سوم دارای اشکالاتی است که در مورد احتمال اوّل و دوّم مطرح نمی‌شود، و یا به عکس، احتمال اوّل و دوّم اشکالاتی دارند که در احتمال سوم جاری نیست، دیگر نوبت به این حرف نمی‌رسد و مجالی برای آن باقی نمی‌ماند.

سؤال دیگری که در اینجا ممکن است مطرح شود، این است که اگر احتمال اوّل و دوّم به جهت اشکال‌های وارد بر آن‌ها، مردود اعلام شوند، آیا احتمال سوم- یعنی استفاده حکم وضعی ضمان از حدیث «علی الید»- تعیّن پیدا می کند؟

قاعده ضمان ید، ص: ۵۷

پاسخ این سؤال منفی است؛ زیرا، امکان دارد فقیهی هر سه احتمال را مواجه با اشکال بداند و در نهایت بگوید که حدیث اجمال دارد؛ همان‌گونه که مرحوم محقّق نراقی قائل است که حدیث «علی الید» مجمل است.

از این رو، لازم است که اشکال‌های وارد بر احتمالات سه‌گانه مورد بررسی و دقّت قرار گیرد.

احتمال اوّل، دیدگاه شیخ طوسی رحمه الله

در احتمال دوّم گفته شده که عامل مقدّر از افعال خصوص- «یجب»- است و مضاف «ما أخذت» نیز کلمه «ردّ یا اداء» است؛ «ردّ ما أخذت الید یجب علی الید»، بازگرداندن چیزی را که ید گرفته، بر ید واجب است.

از کسانی که قائل به این احتمال است، می‌توان شیخ الطائفه طوسی رحمه الله را نام برد؛ این فقیه بزرگوار هنگامی که ادلّه حرمت غصب را ذکر می‌نماید، به حدیث «علی الید» استدلال می کند و از عبارات کتابشان استفاده می‌شود که کلمه‌ی «ردّ» را در تقدیر می گیرند.[۶۳]

به این احتمال، دو اشکال مهمّ وارد می‌شود؛

اشکال اوّل: همان گونه که در گذشته نیز اشاره شد، تقدیر گرفتن کلمه‌ی «ردّ یا اداء» با غایت موجود در حدیث سازگاری ندارد؛ «حتّی تؤدّیه» نمی‌تواند غایت برای «اداء یا ردّ» باشد؛ زیرا، لازم است که مغیّا غیر از غایت باشد؛ اما طبق این احتمال، غایت و مغیّا یکی می‌شود. به عبارت دیگر، از ظاهر حدیث چنین بر می‌آید که غایت موجود در روایت- «حتّی تؤدّیه»- غایتی شرعی و تعبّدی بوده و شارع مقدّس به عنوان این که شارع است آن را غایت قرا رمی دهد؛ در حالی که اگر مطابق این احتمال، کلمه‌ی «اداء یا ردّ» در تقدیر گرفته

قاعده ضمان ید، ص: ۵۸

شود، «حتّی تؤدّیه» از غایت شرعی جعلی تعبّدی خارج و غایتی عقلی می‌شود؛ همانند ضرورت به شرط محمول می‌شود. و این مطلب خلاف ظاهر روایت است.

اشکال دوّم: بر اساس این احتمال، دیگر حدیث «علی الید» بر صورتی که مال تلف شود، دلالتی ندارد؛ چرا که فقط در صورت باقی بودن مال، پرداخت و بازگرداندن آن امکان دارد و بعد از تلف، أداء التالف ممکن نیست.

احتمال دوّم، دیدگاه محقّق نراقی و محقّق ایروانی رحمهما الله

اشاره

همان گونه که بیان شد، از میان فقها و بزرگان، محقّق نراقی و محقّق ایروانی رحمهما الله معتقدند که روایت فقط بر حکم تکلیفی «وجوب الحفظ» دلالت دارد؛ بدین معنا که حفظ مال تا زمانی که به صاحبش بازگردانده شود، واجب است. محقّق اصفهانی رحمه الله نیز در حاشیه مکاسب[۶۴] بعد از بیان احتمالات سه گانه، می‌فرماید: محاذیری که سایر احتمالات دارد، در این احتمال کمتر است؛ هرچند که خود ایشان نیز در نهایت قول مشهور- قول به ضمان- را می‌پذیرد.

تبیین دیدگاه محقّق نراقی رحمه الله در مورد متعلّق «علی الید»

برای روشن شدن احتمال سوم، لازم است ابتدا کلام محقّق نراقی رحمه الله را نقل و بررسی نمائیم. ایشان می‌فرماید:

«فإن قیل: استدلال الفقهاء واحتجاجهم علی الضمان خلفاً بعد سلف وفهمهم ذلک دلیل علی أنّه کان لهم قرینهٔ علی تقدیره وإن خفیت علینا.

قلنا: مع أنّه لم یعلم ذلک من جمیع الفقهاء ولا أکثرهم وإن علم من کثیر منهم، ولیس ذلک من الأحکام الشرعیّهٔ الّتی یحکم فیها

قاعده ضمان ید، ص: ۵۹

بالاتّفاق بضمیمهٔ الحدس والوجدان، ولا یصلح عمل جماعهٔ دلیلًا لشیء لا یدلّ علی أنّه لقرینهٔ تقدیرالضمان، بل لعلّه لإجتهادهم تقدیر جمیع المحتملات عند عدم تعیّن المقدّر، أولمظنّهٔ شیوع تقدیره، أو لدلیل اجتهادی آخر.

فإن قيل: المتبادر من هذا التركيب إثبات الضمان.

قلنا: ممنوع جدّاً، ولو رجعت إلى أمثال هذا التركيب الّتى ليس الذهن فيها مسبوقاًبالشّبهة تعلم عدم التبادر، مع أنّه على فرض التسليم لا يفيد، لأصالة تأخّرحدوث التبادر، حيث إنّ ذلك ليس من مقتضى الوضع اللغوى لهذا التركيب.

فإن قيل: ليس هنا شيءٌ آخر يصلح أن تكون غايته الأداء إلّا الضمان؛ لعدم إمكان غيره عند التلف، فيجب تقدير الضمان الّذى يمكن ثوبته فى صورتى بقاء العين وتلفها، فمع البقاء يؤدّى العين، ومع التلف المثل أو القيمة.

قلنا: أداء المثل أو القيمة ليس أداء ما أخذت، بل أداء شىء آخر، فلا يكون «حتّى تؤدّى» غاية للضمان فى صورة التلف أيضاً، فإن مقتضى تقدير المفعول أن يكون مفعول «تؤدّى» أو نائب فاعله على تقدير كونه بصيغة المجهول ما يرجع إلى الموصول، أى ما أخذت، ومعنى أداء ما أخذت: أداء عينه دون المثل أو القيمة، بل إطلاق الأداء على الغير غير صحيح، فلا يتحقّق أداؤه فى صورة التلف أصلًا.

وعلى هذا، تكون الرواية لبيان حكم صورة البقاء، لا يعلم منها حكم صورة التلف. ولا يلزم أن يستفاد من كلّ حديث حكم جميع صور الواقعة، ولمّا لم يكن لتقدير الردّ أو الأداء معنى سلساً، إذ ليس قولك: يجب أداء ما أخذ، أو ردّه حتّى تؤدّى أو ردّه، بسلس؛ فالأظهر تقدير الحفظ من الضياع والتلف أو نحوه»[۶۵].

قاعده ضمان يد، ص: ۶۰

محقّق نراقى رحمه الله در اين عبارت از كتاب، چند اشكال و جواب را مطرح كرده و در نهايت نتيجه مى‌گيرند روايت «على اليد» بر حكم تكليفى «وجوب الحفظ» دلالت دارد.

اشكال اوّل: اوّلين اشكالى كه ايشان مطرح مى‌كنند، اين است كه اگر گفته شود فقها و بزرگان علما، نسل به نسل و طبقه به طبقه، همه از اين حديث، ضمان را استفاده كرده‌اند، حال چگونه است كه شما از آن حكم تكليفى وجوب الحفظ را استفاده مى‌كنيد؟[۶۶]

دو جواب از آن مى‌دهيم: پاسخ اوّل اين است كه تمامى فقها به اين نكته قائل نيستند كه از حديث، حكم وضعى ضمان استفاده مى‌شود؛ بنابراين، مسأله اجماعى نيست.

پاسخ دوّم نيز آن است كه فهم فقها كاشف از اين نيست كه در حديث «على اليد» قرينه‌اى وجود داشته كه به دست علماى پيشين رسيده است- و آنان به وسيله اين قرينه حكم وضعى ضمان را بيان داشته‌اند- امّا آن قرينه به دست ما نرسيده است؛ بلكه بايد گفت فهم فقها بر اجتهادشان مبتنى است و اجتهاد آنان براى استفاده ضمان كفايت نمى‌كند.

اشكال دوّم: اين كه مشهور قول به ضمان را اختيار مى‌كنند، بدان جهت است كه متبادر از اين تركيب و نظاير آن، ضمان است[۶۷]؛ اگر تركيبى همانند تركيب حديث «على اليد» در عرف استعمال شود، عرف از آن حكم وضعى ضمان را استفاده مى‌كند. بنابراين، لازم است كه گفته شود حديث «على اليد»

قاعده ضمان يد، ص: ۶۱

دلالت بر ضمان مى‌كند و نه چيز ديگر.

محقّق نراقى رحمه الله از اين استدلال نيز دو جواب مى‌دهند: پاسخ اوّل ايشان آن است كه صغراى استدلال فوق ممنوع است؛ بدين معنا كه استفاده ضمان از روايت بدان جهت بوده كه ذهن فقها مسبوق به شبهه ضمان بوده و آنان اين معنا را بر روايت تحميل كرده‌اند؛ بنابراين، فقها در اين مسأله خالى الذهن نبوده‌اند تا معناى واقعى روايت را بيان كنند.

پاسخ دوّم نيز آن است كه تبادر در صورتى مفيد فايده است كه مستند به وضع باشد و حال آن‌كه تبادر ادّعايى در اينجا مستند به

وضع نیست، و بلکه در اثر فهم سایرین است که چنین معنایی به ذهن خطور کرده است.
اشکال سوم: در این اشکال گفته‌اند: در اینجا غیر از ضمان چیز دیگری وجود ندارد که صلاحیت داشته باشد به عنوان غایت ادا قرار گیرد؛ و به عبارت دیگر، غایت «حتّی تؤدّیه» فقط با احتمال اوّل- ضمان- سازگاری دارد که در صورت بقای عین مال، لازم است که خود آن بازگردانده شود و در صورت تلف نیز باید بدل آن مال- مثل یا قیمتش- پرداخت گردد؛ در صورتی که اگر از حدیث «علی الید» حکم تکلیفی وجوب الحفظ استفاده شود، دیگر صورت تلف مال را در بر نمی‌گیرد. بنابراین، حدیث «علی الید» در حکم وضعی ضمان ظهور دارد و نه حکم تکلیفی وجوب الحفظ.
محقّق نراقی رحمه الله در پاسخ این اشکال بیان می‌دارد حتّی بر فرض این که گفته شود غایت با ضمان سازگاری دارد، در فرض تلف مال اشکال باقی خواهد بود؛ زیرا، در فرضی که غایت «حتّی تؤدّیه» باشد، ضمیر مفعول، به «ما أخذت»- همان چیزی که گرفته شده است- برمی‌گردد؛ یعنی باید خود آن شییء بازگردانده شود؛ و حال آن‌که در صورت تلف، بدل (مثل یا قیمت) داده می‌شود و این ادای «ما أخذت» نیست.
و اگر گفته شود که حکم صورت تلف از کجا استفاده می‌شود؟ در پاسخ می‌گوییم از ادلّه دیگر چنین حکمی استفاده می‌شود که در فرض تلف باید مثل و یا قیمت مال پرداخت گردد. علاوه آن که ایشان معتقد است لازم نیست که از
قاعده ضمان ید، ص: ۶۲
یک حدیث حکم همه صورت‌های مفروض استفاده شود؛ و در این روایت نیز حدیث «علی الید» متکفّل بیان حکم صورت تلف مال نیست، و بلکه فقط حکم مسأله را در صورت بقای عین مال بیان می‌کند.
و بالاخره نکته آخر این است که چرا محقّق نراقی رحمه الله حکم تکلیفی وجوب الحفظ را از حدیث استفاده می‌کنند، نه حکم تکلیفی وجوب الرّد یا وجوب الأداء را؟
ایشان در پاسخ به این پرسش نیز می‌گوید: اگر در روایت، کلمه «ردّ یا أداء» در تقدیر گرفته شود، معنای روان و روشنی نخواهد داشت؛ و غایت موجود در روایت- «حتّی تؤدّیه»- بر یک عنوان لزومی نخواهد داشت، در حالی که شارع مقدّس در مقام بیان حکم لزومی است. بنابراین، حکم مستفاد از حدیث «علی الید»، حکم تکلیفی وجوب الحفظ است و نه چیز دیگر.

اشکالات وارد بر دیدگاه محقق نراقی رحمه الله

بر بیان و گفتار محقّق نراقی رحمه الله اشکال‌های متعدّدی وارد می‌شود؛
اشکال اوّل: آن است که در کلام ایشان دلیل محکمی بر استفاده حکم تکلیفی از حدیث «علی الید» وجود ندارد. نکته مهمی که در کلام این فقیه گران‌قدر وجود داشت، این بود که در تقدیر گرفتن ضمان و استفاده نمودن ضمان در صورت تلف مال با «حتّی تؤدّیه» که غایت آن است، سازگاری ندارد؛ زیرا در صورت تلف، دیگر مالی وجود ندارد تا اداء شود. در پاسخ ایشان گفته می‌شود که برخی از بزرگان معتقدند مفاد حدیث، حکم وضعی ضمان در صورت بقای عین است و روایت متکفّل حکم صورت تلف نیست؛ محقّق نراقی رحمه الله نیز دلیلی بر بطلان و ردّ این قول نیاورده و نتوانسته‌اند بر این مطلب اشکال کنند.
بالاخره، در مجموع کلام محقّق نراقی رحمه الله یک دلیل روشن و محکمی بر این که از حدیث «علی الید» باید حکم تکلیفی استفاده شود، وجود ندارد.
قاعده ضمان ید، ص: ۶۳
اشکال دوّم: اشکال دیگری که در کلمات مرحوم میر عبدالفتّاح مراغی قدس سره آمده، این است که کلمه «حتّی تؤدّی» با وجوب

الحفظ سازگاری ندارد؛ زیرا، ظاهر دفع و اداء- که از «تؤدّی» استفاده می‌شود- خلاصی یافتن از غرامت و ضمان است، نه خلاصی از حکم تکلیفی صرف.[۶۸] به عبارت دیگر، بر اساس این احتمال که مفاد حدیث «علی الید» وجوب الحفظ است، چون بعد از ادای مال به صاحبش چیزی باقی نمی‌ماند، موضوع حفظ منتفی می‌شود؛ و حال آن که بر طبق قول به ضمان، بعد از دادن مال به صاحبش، یک حادثه مهمّ دیگری نیز واقع می‌شود و آن، خلاصی ذمّه شخص از اشتغال است.

در توضیح این اشکال باید گفت: ظاهر حدیث آن است که غایت نه تنها مؤثر در رفع حکم سابق است، بلکه به عنوان علت تامّه برای رفع اثر است، و این معنی با ضمان سازگاری دارد؛ زیرا اداء علت تامه برای رفع ضمان است، اما اگر حکم و مغیی را وجوب حفظ قرار دهیم، بعد از اداء، موضوع منتفی می‌شود و با انتفاء موضوع دیگر معنایی برای حفظ و وجوب آن باقی نمی‌ماند، همان طوری که اگر عین مال تلف شود، هیچ معنایی برای حفظ وجود ندارد، به خلاف ضمان که بعد از تلف، هنوز ضمان وجود دارد و تا اداء محقق نشود، ضمان وجود دارد. بنابراین، غایت موجود در روایت، به هیچ عنوان با وجوب الحفظ سازگاری ندارد.

اشکال سوم: مرحوم بحرالعلوم می گوید: وجوب الحفظ، امری بدیهی و روشن است و نیازی نیست که شارع مقدّس آن را با چنین تعبیری بیان کند؛ و اگر شارع نیز آن را نگوید، عقل انسان قادر به فهم و درک خواهد بود و حکم می‌دهد که حفظ مال دیگران واجب است.[۶۹]

قاعده ضمان ید، ص: ۶۴

اشکال چهارم: محقّق اصفهانی رحمه الله پس از آن که به همه احتمالات سه گانه اشکال می کند، می گوید:

«... فلذا، ربّما یتوهّم إرادهٔ الحفظ لخلوّه عن المحاذیر المتقدّمهٔ، إلّا أنّه خلاف الظاهر من حیث إنّ ظاهر الخبر کون نفس المأخوذ علی الید لا حفظه».[۷۰]

ایشان می‌فرماید: برخی به جهت آن‌که در تقدیر گرفتن وجوب الحفظ دارای کمترین محذور و اشکال است، آن را اختیار کرده‌اند؛ لیکن این احتمال یک اشکال مهمّ دارد و آن این که بر خلاف ظاهر روایت است؛ زیرا، ظاهر روایت این است که خود عین و مال بر عهده است و نه حفظ آن.

اشکال پنجم: محقّق بجنوردی رحمه الله نیز بر این نظریه- تقدیر گرفتن «وجوب الحفظ»- سه اشکال وارد می کنند و می‌فرماید:

«أمّا أوّلًا: فلما قلنا إنّ التقدیر خلاف الأصل، لا یصار إلیه إلّا لضرورهٔ، ولیس هاهنا ضرورهٔ إلی التقدیر ...

وأمّا ثانیاً: فلأنّه صلی الله علیه و آله فی مقام بیان ردّ مال الغیر الّذی وقع تحت یده وإیصاله إلی صاحبه، لا فی مقام حفظ مال الغیر عن التلف. مضافاً إلی أنّ الظاهر من أمثال هذه التراکیب عرفاً هو کون عهدته وذمّته مشغولهٔ بما یکون مستعلیاً، فإذا قال له: علیّ کذا درهم- مثلًا- فهو إقرار واعتراف بأنّ ذلک المقدار علی ذمّته وفی عهدته ...».[۷۱]

اشکال اوّل محقّق بجنوردی رحمه الله این است که حکم تکلیفی وجوب به عین خارجی تعلّق نمی گیرد؛ و به همین جهت، باید فعلی از افعال مکلّفین مثل ردّ یا حفظ در تقدیر گرفته شود که این خلاف اصل است و جز در موارد ضرورت

قاعده ضمان ید، ص: ۶۵

چنین چیزی صورت نمی گیرد.

پاسخ این اشکال آن است که حتّی بنا بر قول به مشهور نیز به تقدیر نیاز است، پس نمی‌توان به احتمال سوم چنین اشکالی را وارد ساخت.

اشکال دوّم نیز آن است که پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله در این حدیث، در مقام بیان ردّ مال و رسیدن آن به صاحبش است؛ و این غایت، با وجوب الحفظ سازگاری ندارد.

علاوه بر این دو اشکال، سوّمین اشکال آن است که متفاهم عرفی از چنین جملاتی اشتغال ذمّه است؛ همان‌گونه که اگر شخصی به

دیگر بگوید: «عليّ كذا درهم»، اقرار و اعتراف کرده به این که فلان مقدار مال به دیگری بدهکار است و ذمّه‌اش مشغول و ضامن این مقدار می‌باشد.

بنابراین، با توجه به اشکالات پنج‌گانه فوق که بر کلام محقّق نراقی رحمه الله- مستفاد از حدیث «علی الید»، حکم تکلیفی وجوب الحفظ است- وارد می‌باشد، نتیجه این می‌شود که نمی‌توان آن را پذیرفت و این احتمال باطل است.

همان‌طور که بیان شد، بعضی از فقها بعد از آن‌که احتمال اوّل و دوّم را ردّ می‌کنند، نتیجه می‌گیرند که احتمال سوم و قول مشهور- دلالت حدیث بر حکم وضعی ضمان- متعیّن است. امّا به نظر می‌رسد چنین چیزی صحیح نبوده و لازم است که این احتمال نیز مورد بررسی و دقّت قرار گیرد. اگر برای استفاده ضمان از حدیث «علی الید»، دلیل جداگانه و روشنی قابل ارائه باشد، احتمال سوم پذیرفته می‌شود؛ وگرنه حدیث «علی الید» مجمل می‌شود و دیگر قابلیّت استدلال برای فقیه را نخواهد داشت.

احتمال سوم، دیدگاه مشهور فقها

اشاره

همان‌طور که در مطالب گذشته نیز اشاره شد، مشهور فقها از حدیث «علی الید» حکم وضعی ضمان را استفاده کرده‌اند؛ امّا قبل از دقّت و بررسی این نظریّه، لازم است دو نکته مقدّماتی را بیان داریم.

قاعده ضمان ید، ص: ۶۶

نکته اوّل این است که مشهور علما از حدیث «علی الید» حکم ضمان را هم در صورت بقای عین مال و هم در صورت تلف آن استفاده می‌کنند؛ لیکن برخی از فقها حکم ضمان در صورت بقای عین را نتوانسته‌اند تصویر کنند و گفته‌اند: در فرضی که عین مال وجود دارد، فقط یک چیز معنا دارد و آن «ردّ المال إلی المالك» است؛ یعنی این افراد قائل‌اند که ضمان فقط در صورت تلف عین مال وجود دارد.

از این رو، به آن‌ها اشکال می‌شود که در کجای حدیث «علی الید» مسأله تلف مال مطرح شده است؟ روایت می‌گوید «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّیه» و ظهور روشنی دارد در این که همان چیزی که گرفته شده است، باید به مالک بازگردانده شود. به عبارت دیگر، برخی از بزرگان همانند مرحوم علّامه حلّی قدس سره معتقدند حدیث «علی الید» دلالتی بر صورت تلف مال ندارد و حکم مسأله در این صورت را باید از ادلّه و روایات دیگر باب غصب به دست آورد.

بنابراین، در مقابل نظریّه مشهور فقها، دو نظریّه وجود دارد:

۱) عدّه‌ای می‌گویند: حدیث «علی الید» بر ضمان مال در صورت بقای آن دلالت ندارد و فقط متکفّل حکم صورت تلف است.

۲) دسته دوّم نیز می‌گویند: روایت بر ضمان مال در فرض تلف دلالت ندارد و حکم ضمان در صورت تلف را باید از ادلّه دیگر باب غصب استفاده کرد؛ زیرا، کلمه‌ی «تؤدّیه» در روایت قرینه می‌شود که مقصود این است که باید خود عین بازگردانده شود و در فرض تلف نیز عینی وجود ندارد.

امّا مشهور قائل‌اند که حدیث «علی الید» هم بر ضمان در صورت بقا و هم بر ضمان در صورت تلف مال دلالت دارد و در مباحث آینده که تفسیر ضمان را بیان می‌کنیم، معنای ضمان در صورت بقای عین مال نیز روشن خواهد شد.

نکته دوّم: برخی گفته‌اند که حدیث «علی الید» بر ضمان بالقوّه- ضمان تقدیری- دلالت دارد؛ به عبارت دیگر، شارع مقدّس درصدد این است که بیان

قاعده ضمان ید، ص: ۶۷

کند بر فرض تلف- علی تقدیر التلف- ذمّه شخص غاصب مشغول می‌شود.

لکن همان‌طور که محقّق اصفهانی[۷۲] رحمه الله نیز می‌فرماید، حدیث «علی الید» دلالت بر حکم فعلی- ضمان فعلی- دارد و نه تقدیری؛ چرا که غایت- حتّی تؤدّیه- دلالت بر فعلیّت دارد و منظور ادای فعلی است. بنابراین، مغیّا نیز که قبل از غایت است، باید یک حکم فعلی باشد.

بعد از بیان دو نکته فوق، نوبت به بررسی قول مشهور می‌رسد و این که حدیث «علی الید» چگونه بر ضمان دلالت می کند؟

در اینجا لازم است ادلّه ذکر شده در کلمات بزرگان مورد بررسی و دقّت قرار گیرد، تا معلوم گردد که آیا به وسیله‌ی آن‌ها می توان قول مشهور را اثبات کرد و یا آن که این ادلّه مورد خدشه و اشکال است و باید دلیل دیگری ارائه شود؟ ابتدا کلام صاحب عناوین رحمه الله را ذکر می کنیم:

الف) دلایل محقق مراغی رحمه الله بر قول به ضمان

مرحوم میرعبدالفتّاح حسینی قدس سره برای دلالت حدیث «علی الید» بر ضمان، به سه دلیل اشاره می کنند[۷۳] که عبارت است از:

قاعده ضمان ید، ص: ۶۸

۱) استنباط و استدلال علمای قدیم و جدید از حدیث «علی الید» حکم به ضمان است؛ این تلقّی و استنباط فقها یا کاشف از این است که معنای عرفی حدیث همان ضمان است؛ و یا کاشف از وجود قرینه‌ای است که در نزد آنان موجود بوده و به ما نرسیده است و آنان از این قرینه، ضمان را فهمیده‌اند. در هر دو صورت، تلقّی و فهم علما، مراد از خبر را روشن، و اجمال آن را مرتفع می‌سازد.

در مقام اشکال بر استدلال فوق، محقّق نراقی رحمه الله[۷۴] فرموده است که فهم اصحاب در اینجا نمی‌توانند به عنوان دلیل واقع شود؛ چرا که احتمال دیگری نیز وجود دارد و آن این که فهم اصحاب در این مسأله مبتنی بر تفسیر و اجتهاد خودشان از حدیث است. بنابراین، از آنجا که فقها بر اساس اجتهادشان این روایت را به ضمان تفسیر کرده‌اند، فهم آنان نمی‌توانند دلیل برای قول به ضمان باشد.

۲) دلیل دیگری که صاحب عناوین رحمه الله برای قول به ضمان ذکر می کند، تبادر است؛ ایشان می گوید: متبادر از این ترکیب در صورت اطلاق، ضمان ذوالید است؛ به نحوی که غیر آن به خاطر نمی‌رسد تا لازم آید که برای ترجیح یکی از دو طرف به قواعد باب تعارض احوال رجوع شود. بنابراین، فقط معنای ضمان است که از این عبارت به ذهن تبادر می کند، و تبادر نیز کاشف از معنای حقیقی عبارت است.

محقّق نراقی رحمه الله به این استدلال مرحوم میرعبدالفتّاح قدس سره نیز اشکال کرده و می‌فرماید: اوّلًا، از جهت صغرای قضیّه، ما قبول نداریم که چنین تبادری وجود دارد؛ ثانیاً، در بحث تبادر، تبادری که مستند به حاقّ لفظ باشد، مفید فایده است؛ لکن تبادری که در اینجا ادّعا می‌شود، ممکن است مستند به اجتهادات دیگران باشد؛ بنابراین، قابل قبول نیست.[۷۵]

قاعده ضمان ید، ص: ۶۹

۳) دلیل سوّمی که در عبارت صاحب عناوین رحمه الله مشاهده می‌شود، این است که ظاهرترین معنای روایت، جعل ضمان بر ذمّه آخذ است؛ اعم از اینکه کلمه‌ی «ضمان» را در تقدیر گرفته و بگوییم معنای روایت «علی الید ضمان ما أخذته» است؛ و یا قائل به مجاز شویم و بگوییم مراد از «ما» ی موصول، «ضمان مأخوذ» است؛ به لحاظ مناسبت کاملی که بین ضمان و اصل مالی که اخذ

شده، موجود است؛ زیرا، ذوالید یا ضامن عین، یا مثل و یا قیمت می‌شود و همه اینها جانشین «مأخذت» قرار می گیرند.

البته ممکن است گفته شود چون احتمـال قول به ضـمان کمتر از دیگر احتمالات نیـاز به تقـدیر دارد، اظهر است؛ بـدین معنا که در «وجوب الردّ والأداء» یـا «وجوب الحفظ» بایـد دو چیز در حـدیث تقـدیر گرفته شود، ولی در قول به ضـمان فقط یک چیز بایـد در تقدیر گرفته شود؛ و کمی تقدیر نیز أولی بوده و سبب ترجیح این احتمال می گردد.

در اشکال به این سخن می‌توان گفت: گرچه در ادبیّات و تعابیر ادبا این مطلب رایج است که قِلّت التقدیر سبب ترجیح می گردد؛ امّا اصـل این است که اگر معنـایی مطـابق بـا عرف و فهم آنان باشـد، متعیّن است؛ هرچنـد که لازمه آن معنا کثرة التقـدیر باشـد، و اگر لازمه معنایی قِلّت التقدیر باشد و یا اصلًا نیاز به تقدیر نداشته باشد ولی مطابق فهم عرف نباشد، کنار گذاشته می‌شود.

بنابراین، صـرف این که یکی از احتمالات از مزیّت کمیِ تقـدیر برخوردار باشـد، نمی‌توان گفت که ترجیـح دارد؛ بلکه بر فقیه لازم است که ببیند عرف چه چیزی را از کلام می‌فهمد و مطابق با آن نظر دهد.[۷۶]

قاعده ضمان ید، ص: ۷۰

در مورد قسـمت دوّم کلاـم مرحوم صـاحب عنـاوین- که می‌فرماینـد اگر قائـل به مجـاز نیز شویم، باز ظاهرترین معنای روایت جعل ضمان است.- نیز به نظر می‌رسد هرچند ایشان ادّعا می کند در این بحث قرینه بر مجاز وجود دارد و آن مناسبت کاملی است که بین ضمان و اصل مالی که اخـذ شده وجود دارد، امّا در اینجا نیز باید معیار را فهم عرفی قرار دهیم؛ یعنی صـرف آن که بین یک لفظ و معنـایی قرینه وجود دارد، ملاک برتری و ترجیـح نمی‌شود، بلکه بایـد دیـد آیا فهم عرفی مطابق با آن است یا نه؟ و همان معنایی را که عرف می‌فهمد، اخذ کرد.

بنـابراین، نتیجه بحث از کلاـم محقّق مراغی رحمه الله این می‌شود که سه دلیـل ارائه شـده توسط ایشان برای اثبات مـدّعای مشـهور کافی نیست و به وسیله آن‌ها نمی‌توان حکم وضعی ضمان را از حدیث «علی الید» بدست آورد.

ب) دیدگاه محقّق اصفهانی رحمه الله در مورد قول به ضمان

محقّق اصـفهانی رحمه الله برای قول مشـهور دو تقریب ذکر می کننـد که کلاـم امـام خمینی رحمه الله نیز هماننـد تقریب دوّم ایشـان است و تقریباً همان است که از قول مرحوم بحرالعلوم در «بلغة الفقیه» با کمی دقّت، استفاده می‌شود.

ایشان در تقریب اوّل می‌فرماید:

«ویمکن تقریب ما عن المشـهور من الضـمان بالقوّة: بأنّ الموجب للخسارة علی تقـدیر التلف حیث إنّه الیـد وهو فعلیّ، صـحّت الغایة بنحو التحدید للموضوع لثبوت المغیّی بثبوت مقتضیه لا بثبوت علّته التامّة»[۷۷].

قاعده ضمان ید، ص: ۷۱

بیـان اوّل محقّـق اصـفهانی رحمه الله این است که برای در نظر گرفتن مسـأله فعلیّت در این بحث- که چون غـایت عنوان فعلی دارد، مغیّا نیز باید فعلی باشد- باید بگوئیم ما از جهت سبب ضمان که عبارت از «ید» است و فعلیت دارد، ضمان را استفاده می کنیم.

طبق این بیان، ضـمان تعلیقی و تقدیری اسـتفاده می‌شود؛ یعنی در صورتی که بر مالی ید پیدا شود و آن مال تلف شود، ضمان ثابت است. در نتیجه، برای دفع اشـکال گفته می‌شود که چون سـبب ضمان- ید- فعلیت دارد، این مقدار فعلیّت سبب، برای غایت کفایت می کند؛ و مغیّابه ثبوت مقتضی‌اش ثابت می‌شود و نه به ثبوت علّت تامّه‌اش.

از این رو، ایشان خود تقریب دوّمی را ذکر کرده و می‌فرماید: منظور از ضـمان فعلی در اینجا عهده است؛ یعنی مال مأخوذ به محض

آن که ذی الید بر آن استیلا پیدا کند، بر عهده او قرار می گیرد؛ و به عبارت دیگر، شارع و یا عقلا، مال را بر عهده ذی الید اعتبار می کنند؛ نه این که گفته شود در اینجا ضرر و خسارتی بر ید است.

مطلب آخر ایشان در واقع، پاسخ به کسانی است که ضمان را به خسارت معنا کرده‌اند؛ به عنوان مثال در «ألق مالك فی البحر وعلیّ ضمانه» گفته‌اند منظور از ضمان، خسارت است؛ و معنای عبارت این می‌شود: «مال خود را در دریا بینداز و خسارت آن بر عهده من است». مرحوم محقّق اصفهانی می‌فرماید: در اینجا مسأله ضرر و خسارت مطرح نیست، بلکه ضمان به معنای عهده و تعهّد است؛ و این عهده، هم دارای آثار تکلیفی است و هم آثار وضعی؛ بدین معنا که باید آن مال را حفظ و ردّ کرد و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن

قاعده ضمان ید، ص: ۷۲

به مالک پرداخته شود.

عبارت محقّق اصفهانی رحمه الله چنین است:

«وأولی منه، أنّ المراد من الضمان الفعلی هی العهدة، والمأخوذ یدخل فی عهدة ذی الید بمجرّد وضع الید علیه، فمفاد الخبر حینئذ کون المأخوذ علی عهدة ذی‌الید، لا ـ أنّه ضرر أو خسارة علی الید؛ واستفادة العهدة من نفس إثبات المأخوذ علی الید لأنّ معنی استقراره علی الید کون ذی الید هو المرجع والمأخوذ به، وهو معنی اعتباره علی عهدته؛ وللعهدة آثار تکلیفیّة ووضعیّة من حفظه وأدائه مع التمکّن وأداء بدله عند الحیلولة أو عند التلف ...»[۷۸].

نکته‌ای را که می‌توان علاوه بر کلمات مرحوم اصفهانی قدس سره بیان نمود، این است که تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی، اصطلاحی است که در میان فقها رایج شده، و در زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله که این روایت را به مردم القا فرمودند، حتّی در میان خواصّ اصحاب نیز چنین اصطلاحی مطرح نبود است؛ تنها معنایی که عرف از مثل این عبارت می‌فهمیده، معنای عهده بود؛ و ضمان نیز همان تعهّد و عهده است؛ منتها اگر تعهّد- ضمان- نسبت به شخص و افراد باشد، نه نسبت به اموال، از آن به کفالت تعبیر می‌شود.

بنابراین، عرف و لغت قرینه است بر این که «علی» به معنای عهده و تعهّد است؛ و این معنا با غایت «حتّی تؤدّیه» موجود در روایت نیز سازگاری دارد. از دیگر سو، کلمه «ید» نیز قرینه است بر این که روایت، ابتداءً درصدد بیان حکم «وجوب الردّ» یا «وجوب الحفظ» نیست. اگر بخواهند مالی را به کسی بدهند تا آن را حفظ کند، نمی گویند «علی یدك»؛ هیچ‌کس برای وجوب حفظ و یا وجوب ردّ چنین عبارتی را استعمال نمی کند؛ بلکه این عبارت با عهده و تعهّد سازگاری دارد. نتیجه این می‌شود که «علی الید» درصدد بیان این معناست که ذی الید متعهّد مالی است که آن را اخذ می کند.

قاعده ضمان ید، ص: ۷۳

ج) دیدگاه امام خمینی رحمه الله در مورد قول به ضمان

در مقابل محقّق اصفهانی رحمه الله که می‌فرماید عهده هم اثر تکلیفی دارد و هم اثر وضعی، کلام مرحوم امام خمینی قدس سره قرار دارد که ایشان فقط حکم وضعی را استفاده می کنند. امام رحمه الله در اشکال به مرحوم شیخ انصاری قدس سره- که فرمود: «علی» اگر به مال نسبت داده شود، دلالت بر ضمان و حکم وضعی دارد؛ و اگر به فعلی از افعال نسبت داده شود، بر حکم تکلیفی دلالت دارد- بیان کردند که بین این دو اسناد فرقی نیست و «علی» دلالت بر عهده دارد و از استقرار بر عهده، حکم وضعی استفاده می‌شود و به آیه‌ی شریفه «وَلِلَّهِ عَلَی النَّاسِ حِجُّ الْبَیْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَیْهِ سَبِیلًا» مثال زدند که در اینجا با این که «علی» به فعلی از افعال

مکلّفین استناد داده شده است، ولی دلالت بر حکم وضعی می‌کند و در اینجا حجّ به عنوان دینی بر عهده مکلّف است و در صورت مرگ شخص، باید همانند سایر دیون او عمل شود.

اشکال و جواب

ممکن است گفته شود یکی از اقوال و احتمالات ذکر شده در مورد حدیث «علی الید» این بود که «علی الید» هم بر حکم تکلیفی دلالت دارد و هم بر حکم وضعی؛ و این مطلبی که از محقّق اصفهانی رحمه الله نقل شد، گویای همین مطلب است.

در پاسخ گفته می‌شود که در اینجا نمی‌گوئیم حدیث «علی الید» به دلالت مطابقی بر هر دو حکم وضعی و تکلیفی دلالت دارد، و یا به دلالت مطابقی بر حکم وضعی و به دلالت التزامی بر حکم تکلیفی دلالت دارد- همان‌گونه که محقّق نائینی رحمه الله چنین نظری دارند-؛ لیکن طبق بیان مرحوم اصفهانی قدس سره، حدیث «علی الید» به دلالت مطابقی و التزامی، نه بر حکم وضعی و نه بر حکم تکلیفی دلالت دارد، بلکه «علی الید» دلالت بر عهده دارد و می‌گوید مال

قاعده ضمان ید، ص: ۷۴

اخذ شده بر عهده ذی‌الید است؛ و این عهده است که دارای اثر تکلیفی و وضعی است.

نتیجه فصل اوّل

بنابراین، بر اساس مطالب ذکر شده به این نتیجه می‌رسیم که «علی الید» به معنای «علی عهدهٔ ذی‌الید» و اعم از حکم وضعی و تکلیفی است، نه مساوی با آن‌ها؛ و در اینجا اصلًا بحث ضمان تعلیقی و تلف مطرح نمی‌شود، بلکه حکم فعلی عهده و تعهّد مطرح است که حتی در زمان باقی بودن عین مال، ضمان معنا خواهد داشت. علاوه آن که در این معنا، احتیاجی به تقدیر گرفتن ضمان نیز وجود ندارد؛ و خیال نشود که بالاخره در این معنا نیز کلمه «عهده» در تقدیر گرفته شد؛ زیرا، در پاسخ خواهیم گفت: عهده معنایی است که لفظ «علی» در آن استعمال شده است.

تا این‌جا، بحث روایت از جهت فقه الحدیث، به اتمام می‌رسد؛ و معنای حدیث با توجّه به احتمالاتی که داده شد، کاملًا روشن گردید.

فصل دوّم: حقیقت ضمان

اشاره

بحث دیگری که به نظر، طرح آن لازم می‌نماید، این مطلب است که حقیقت و معنای ضمان چیست؟ هرچند که جایگاه اصلی این مسأله در کتاب البیع و در بحث مقبوض به عقد فاسد است، لکن در اینجا به صورت مختصر به آن می‌پردازیم و تفاسیر مختلفی را که در این زمینه بیان شده است، ذکر می‌کنیم.

امّا قبل از ذکر تعابیر مختلفی که در مورد حقیقت ضمان وارد شده، لازم است دو نکته به عنوان مقدّمه بیان شود.

۱) تأثیر اختلاف آثار در حقیقت ضمان

فقهای گرانقدر امامیه هنگام طرح و بیان مسأله ضمان، آن را در موارد و ابواب مختلفی از فقه همچون ضمان اموال، ضمان اشخاص، ضمان عقود، ضمان معاوضه و ... بیان می‌کنند که هر کدام نتیجه‌ای خاصّ را به دنبال دارد؛ سؤال این است که آیا اختلاف ضمان به حسب موارد و آثار، موجب اختلاف حقیقت ضمان نیز می‌شود؟ آیا معنای ضمان در «من أتلف مال الغیر فهو له

ضامن» با

قاعده ضمان ید، ص: ۷۶

ضمانی که از «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّیه» استفاده می‌شود، متفاوت است؟

به نظر می‌رسد همان‌گونه که محقّق اصفهانی و میرزای نائینی رحمهما الله نیز تصریح کرده‌اند، اختلاف آثار موجب اختلاف در حقیقت ضمان نمی‌شود؛ بلکه ضمان دارای حقیقت واحدی است که در تمامی موارد جریان دارد.

۲) آیا ضمان دارای معنای شرعی جدیدی است؟

نکته دوّمی که تذکر به آن لازم می‌نماید، پاسخ به این سؤال است که آیا برای ضمان در شریعت، معنایی غیر از معنای عرفی و عقلی آن وجود دارد؟

پاسخ این سؤال منفی است. غرض از بررسی حقیقت ضمان این نیست که آیا ضمان دارای حقیقت شرعیه و یا متشرّعه‌ای است، بلکه هدف آن است که بررسی کنیم آیا عقلا بین صور مختلفی که در ابواب گوناگون و در موارد مختلف ضمان مانند باب یَد و اتلاف و ضمان عقدی، وارد شده است، فرق می‌گذارند؛ و یا آن که موارد وارده در شریعت، بر همان معنای معهود در نزد عقلا حمل می‌شود؟ نظیر آن‌چه که در مورد معنای بیع صورت گرفته است که فقها در ابتدای کتاب البیع، تعاریف گوناگونی از بیع بیان و تصریح می‌کنند که بیع دارای حقیقت شرعیه و متشرّعه نیست. این کار آنان برای این است که معلوم شود بیع عندالعقلاء چه معنایی دارد؛ و گرنه نمی‌خواهند معنایی جدید از بیع ارائه دهند.

در این بحث نیز که تفاسیر مختلف ضمان را بیان می‌کنیم، بدان جهت است که معنای عقلایی ضمان را مشخص سازیم؛ به علاوه این که آیا می‌توان تعابیر و روایاتی که در باب ضمان وارد شده است را بر آن معنای عقلایی حمل کرد یا نه؟

بعد از بیان این دو نکته، اکنون تفاسیر متعدّدی که در مورد حقیقت ضمان مطرح شده و عبارت از پنج تفسیر است را بیان می‌کنیم.

قاعده ضمان ید، ص: ۷۷

گفتار اوّل: دیدگاه علمای امامیه در مورد ضمان

۱- دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله: تدارک و خسارت شیىء مضمون

تفسیر اوّل در حقیقت ضمان، تفسیر شیخ اعظم انصاری رحمه الله است؛ ایشان در قاعده «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» در بیان مراد از ضمان می‌فرماید:

«والمراد بالضمان فی الجملتین: هو کون دَرَک المضمون، علیه، بمعنی کون خسارته ودَرَکه فی ماله الأصلی، فإذا تلف وقع نقصان فیه؛ لوجوب تدارکه منه ...»[۷۹].

شیخ اعظم رحمه الله می‌گوید: ضمان عبارت است از این که تدارک و خسارت شیىء مضمون بر عهده ضامن است؛ هنگامی که آن شیىء تلف می‌شود، در مال اصلی ضامن نقصان واقع می‌شود؛ چه آن که ضامن باید از اموالی که متعلق به خودش است، آن مال را تدارک نماید.

۲- دیدگاه مرحوم علّامه رحمه الله: تحقّق معاوضه قهریّه

تفسیر و بیان دیگری که مرحوم شیخ آن را نقل می‌کند و علّامه رحمه الله در کتاب تحریر[۸۰] و مرحوم تستری صاحب مقابس نیز آن را قائل شده‌اند، این است که ضمان عبارت است ا ز: «أن یتلف المال مملوکاً للضامن»؛ بازگشت این معنا در مورد غصب بدین

صورت است که در فرض تلف مال در دست غاصب، معاوضه قهریّه محقّق می‌شود؛ به این صورت که مال تلف شده، یک لحظه قبل از تلف در ملک غاصب قرار می‌گیرد و عوض آن به ملک صاحب مال تلف شده منتقل می‌شود.

قاعده ضمان ید، ص: ۷۸

اشکالات وارد بر این تفسیر

شیخ انصاری رحمه الله به این تعریف، دو اشکال می‌کند؛ اولًا: لازمه این تفسیر آن است که هر مالکی ضامن مال خود باشد؛ چرا که در این صورت نیز «تلف المال مملوکاً له» صدق می‌کند؛ در حالی که این معنا خلاف فهم عرف است و هیچ‌گاه گفته نمی‌شود که: «الانسان ضامن لأمواله»[۸۱].

ثانیاً: اشکال دوّمی که بر تعریف فوق وارد می‌شود، آن است که تحقّق معاوضه قهریّه بدون بیع و شراء، از آنجا که بر خلاف قواعد اوّلیه و ادلّه ثابت در باب معاملات است، احتیاج به دلیل قوی و محکم دارد؛ مانند بیع العمودین در بحث «لا عتق إلّافی ملک»؛ امّا در باب ضمان هیچ دلیلی بر معاوضه قهریه نداریم.[۸۲]

۳- دیدگاه محقّق نائینی رحمه الله: بودنِ مال در ذمّه

محقّق نائینی رحمه الله در بیان معنای ضمان، می‌فرماید: ضمان دارای دو معناست:

۱- معنای مصدری، و ۲- معنای اسم مصدری.

معنای مصدری ضمان در قاعده «الخراج بالضمان» مطرح می‌شود و منظور تعهّد معاملی است که شارع مقدّس آن را امضا فرموده است- «الضمان المصدری: هو التعهّد المعاملی الّذی أمضاه الشارع»[۸۳]-؛ امّا معنای اسم مصدری ضمان در قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» مطرح می‌شود، و مراد از آن این است که هر کسی که ضامن چیزی هست، منفعت آن هم از

قاعده ضمان ید، ص: ۷۹

برای اوست.- «من کان ضامناً لشیء- سواء کان منشأ الضمان هو الغصب أو غیره- فمنفعته له»[۸۴]-. محقّق نائینی رحمه الله در ادامه می‌فرماید:

«وبالجملهٔ: معنی الضمان کون المال فی الذّمهٔ، ومن آثار ثبوت المال فی الذّمهٔ الغرامهٔ والخسارهٔ، لا أنّ الغرامهٔ معناه الحقیقی»[۸۵]؛ به طور کلّی، ضمان عبارت است از این که مال در ذمّه شخص قرار بگیرد؛ غرامت و خسارت هم از آثار ثبوت مال در ذمّه است، نه این که غرامت معنای حقیقی ضمان باشد.

قسمت آخر کلام محقّق نائینی رحمه الله که می‌فرماید: «لا أنّ الغرامهٔ معناه الحقیقی»، در حقیقت، تعریض به تعریف مرحوم شیخ انصاری قدس سره است که فرمود ضمان عبارت است از «درک الشیء علی الضامن» و خسارت را به عنوان معنای حقیقی ضمان بیان کرد. میرزای نائینی رحمه الله می‌گوید خسارت معنای حقیقی ضمان نبوده و بلکه از آثار ضمان است.

نتیجه‌ای که از کلام مرحوم نائینی گرفته می‌شود این است که اوّلًا غرامت، معنای مطابقی ضمان نیست؛ و ثانیاً تصریح نمی‌کنند که آیا حکم تکلیفی، مثل وجوب ردّ، می‌تواند از آثار ضمان باشد یا نه؟ و این را مجمل باقی می‌گذارند.

۴- قرار گرفتن مال در عهده‌ی ضامن

اشاره

این تفسیر از کلمات مرحوم آخوند و مرحوم اصفهانی و محقّق بروجردی رحمهم الله استفاده می‌شود. کلمات این بزرگان در بعضی از جهات اختلاف دارند؛ لیکن همه آنها در این جهت مشترک هستند که تصریح دارند حکم تکلیفی از آثار ضمان است. از این رو، لازم است در بیان تفسیر چهارم از حقیقت ضمان، ابتدا نظرات این سه فقیه عالی‌مقام را ذکر نماییم.

قاعده ضمان ید، ص: ۸۰

الف) نظریّه آخوند خراسانی رحمه الله

«لا یخفی، أنّ الضمان هو اعتبار خاصّ، یترتّب علیه آثار تکلیفاً ووضعاً، منها لزوم أداء المضمون إلی المضمون له، لو تمکّن منه، وأداء بدله من قیمته أو مثله، لو لم یتمکّن من أدائه، لتلف ونحوه؛ وهو بهذا المعنی لا یکاد یکون فی مال نفس الضامن، بل فی مال غیره، فلا یکون فی العقد الصحیح ضمان بمعناه الحقیقی»[۸۶].

ایشان بیان می‌کند که ضمان یک اعتبار خاص- اعتبار عقلایی و شرعی- است؛ منظور از آن این است که مال بر عهده ضامن قرار می‌گیرد؛ و این عهده، دارای آثار وضعی و تکلیفی خواهد بود. از جمله این آثار آن است که شخص ضامن باید مال مضمون را به مضمون له (مالک) برگرداند؛ حال اگر عین مال موجود باشد، همان را بازگرداند و اگر موجود نباشد و مثلًا تلف شده باشد، لازم است که مثل یا قیمت آن (بدلش) را به مالک بپردازد.

مرحوم آخوند با این بیان به شیخ انصاری؛ نیز اشکال می‌کند که در این صورت، ضمان ربطی به مال و اموال ضامن ندارد که گفته شود در مال ضامن نقصان حاصل می‌شود؛ بلکه بر ضامن لازم است مال مضمون له را بازگرداند و به او بپردازد.

ایشان همچنین با عبارت «فلا یکون فی العقد الصحیح ضمان بمعناه الحقیقی»، علاوه بر شیخ انصاری رحمه الله به مرحوم نائینی نیز اشکال می‌کنند که ضمان به معنای حقیقی‌اش- اعتبار خاصّ- در باب معاوضه و ضمان معاوضی جریان ندارد.

شیخ انصاری و میرزای نائینی رحمهما الله قائل‌اند که ضمان در باب معاوضه جریان دارد؛ بدین صورت که اگر بایع جنسی را به مشتری بفروشد، در مقابل دریافت

قاعده ضمان ید، ص: ۸۱

ثمن متعهّد می‌شود که عوض آن (مثمن) و مبیع را به مشتری بدهد؛ مشتری نیز تعهّد می‌کند در برابر دریافت مبیع، ثمن (عوض مبیع) را به بایع تحویل دهد؛ مرحوم شیخ انصاری قدس سره نام این «عوض المسمّی» را ضمان معاوضی گذاشته‌اند.

ب) نظریّه محقّق اصفهانی رحمه الله

مرحوم اصفهانی در مورد معنای ضمان می‌فرماید: «ضمان عبارت است از این که یک چیزی ضمن عهده قرار می‌گیرد و معنای ضمان چیزی جز تضمّن، مضمون و مانند اینها نیست و به همین اعتبار که شیء در ضمن عهده قرار می‌گیرد بر آن اطلاق ضمان می‌شود؛ و ضمان به معنای حفظ و رعایت نیست.

ایشان در تقسیم و بیان انواع ضمان می‌فرماید: ۱) گاه خود شخص می‌آید و چیزی را در عهده خودش قرار می‌دهد؛ مانند «عقد ضمان» که ضامن خود می‌گوید مدیون است و متعهّد به پرداخت مضمون عنه می‌شود؛ و همین‌طور در مطلق معاوضات چنین ضمانی جریان دارد که هر یک از بایع و مشتری ضامن می‌شوند که در برابر دریافت ثمن و مثمن، بدل آن را به دیگری بدهد.

۲) و گاه ضمان از طریق جعل شارع و عرف است؛ مانند غرامت‌های شرعیه (کفّارات) و غرامت‌های عرفیه که اگر به عنوان مثال،

مکلّفی روزه خود را بخورد، شارع مقدّس به عهده او کفّاره قرار می‌دهد و شخص باید کفّاره‌ای را که شارع مشخص کرده است، بپردازد.

محقّق اصفهانی رحمه الله در انتهای کلام خود بیان می‌کنند که در هر دو صورت، ضمان دارای آثار وضعی و تکلیفی است، امّا معنای عهده (ضمان) به واسطه اختلاف آثار فرقی نمی‌کند.

نکته‌ای را که باید به آن توجّه داشت، این است که کلام مرحوم اصفهانی با

قاعده ضمان ید، ص: ۸۲

مرحوم آخوند خراسانی از یک جهت اشتراک و از جهت دیگر تفاوت دارد؛ هر دو بزرگوار در این جهت که ضمان، هم دارای آثار تکلیفی است و هم آثار وضعی دارد، مشترک هستند؛ ولی در این جهت که مرحوم آخوند بیان می‌کند چنین معنایی در ضمان معاوضی جریان ندارد، باهم اختلاف دارند. محقّق اصفهانی رحمه الله نیز همانند شیخ انصاری و میرزای نائینی رحمهما الله قائل است معنایی که از برای ضمان وجود دارد، در ضمان معاوضی نیز وجود داشته و عقلا «کون المبیع علی عهدهٔ البایع وبالعکس» را اعتبار می‌کنند.

به نظر می‌رسد که حقّ نیز در مقابل آخوند خراسانی رحمه الله با ایشان است.

عبارت محقّق اصفهانی رحمه الله چنین است:

«والتحقیق: فی معنی الضمان: هو کون الشیء فی ضمن العهدهٔ، إذ لیس معنی هذا المادّهٔ إلّاما یفیده التضمّن والمضمون وأشباه ذلک؛ ویطلق الضمان علی کون الشیء فی العهدهٔ باعتبار کونه فی ضمن العهدهٔ، فکأنّ الشخص بعهدته متضمّن له ...

وهذا المعنی قد یکون بتسبیب من الشخص، کما فی عقد المضان بأنحائه حتّی ضمان النفس، فإنّ مرجعه إلی تعهّد إحضاره، وکما فی مطلق المعاوضات، لتعهّد کلّ منها والتزامه بأخذ المال ببدله، ولذا عبّر عنه بضمان المعاوضهٔ ...

وقد یکون بجعل من الشارع أو العرف، کما فی التغریمات الشرعیّهٔ والعرفیّهٔ، فإنّهما یعتبران المأخوذ أو المُتلَف فی عهدهٔ الشخص.

والعهدهٔ فی کلّ مقام لها آثار تکلیفیّهٔ أو وضعیّهٔ، ولکنّه لا یختلف معنی العهدهٔ باختلافها، فکون الضمان تارهٔ ضمان المعاوضهٔ وأخری ضمان التکفّل وثالثهٔ ضمان الغرامهٔ وهکذا لا یوجب اختلافاً فی معناه ...»[۸۷].

قاعده ضمان ید، ص: ۸۳

ج) نظریّه محقّق بروجردی رحمه الله

اشاره

نظرات مرحوم آقای بروجردی قدس سره در تقریراتی که از ایشان با عنوان «تقریرات ثلاثهٔ» چاپ شده، در بحث کتاب الغصب آن وجود دارد؛ لکن آن‌چه که ما در اینجا ذکر می‌کنیم بر اساس مطالبی است که والد بزرگوار دام ظلّه در کتاب «القواعد الفقهیّهٔ» از یکی از مخطوطات مباحث غصب، که با آن‌چه در تقریرات ثلاثه آمده، تفاوت زیادی دارد، نقل می‌نماید. نکاتی در این بحث در کلام محقّق بروجردی رحمه الله وجود دارد که در کلمات دیگران کمتر دیده می‌شود.

مطلب اوّل: آن است که ایشان می‌فرماید: بین مسأله عهده- که ما از ضمان، به عهده تعبیر می‌کنیم- و اشتغال ذمّه فرق است. شاهدشان نیز آن است که در باب دین، ذمّه مدیون و مقترض اشتغال دارد که در زمان معیّن، دین و قرض خود را بپردازد؛ لیکن هیچ فقیهی نمی‌گوید مقترض یا مدیون ضامن است؛ و از همین‌جا کشف می‌شود که بین ذمّه و عهده از نظر فقهی تغایر است،

هرچند که در لغت بین آن‌ها فرقی نگذارند.

فرق ذمّه و عهده باید در این باشد که ذمّه یک عنوان کلّی داشته و به امری کلّی تعلّق پیدا می‌کند، امّا عهده در اغلب موارد به امر جزئی خارجی تعلّق پیدا می‌کند. مثلًا در باب دین، زمانی که زید از عمرو چیزی را قرض می‌گیرد، ذمّه‌اش به عنوان کلّی دین مشغول می‌شود؛ ایشان ذمّه را به ظرف ذهن تشبیه کرده و می‌فرماید: همان‌گونه که ذهن جایگاه و ظرف برای مفاهیم کلّی است، ذمّه نیز جایگاهی است که به امور کلّی اشتغال پیدا می‌کند، برخلاف عهده که به شییء موجود معیّن خارجی- چه در اموال و چه در اشخاص- متعلّق می‌شود؛

قاعده ضمان ید، ص: ۸۴

هنگامی که گفته می‌شود ذمّه زید بر فلان مال تعلّق گرفته است، یعنی آن مال معیّن خارجی بوصف کونه فی الخارج، متعلّق از برای عهده قرار می‌گیرد؛ و یا در باب کفالت، مثلًا عهده زید مشغول به عمرو می‌شود و زید کفیل او محسوب می‌گردد. بنابراین، در اغلب موارد، عهده به یک امر معیّن خارجی تعلّق پیدا می‌کند و معنای ضمان نیز همین مطلب است و در فارسی به آن «عهده‌داری» می‌گویند که ترجمه دقیق فقهی ضمان است.

مطلب دوّم: آن است که بر چنین ضمانی که حکم وضعی اعتباری است، دو حکم تکلیفی مترتّب می‌شود: یکی آن‌که مال تا زمانی که وجود دارد و باقی است، واجب است که به مالکش بازگردانده شود؛ و دیگر آن‌که اگر مال تلف شد، بر ضامن است که بدل آن- مثل یا قیمتش- را به مالک بدهد.

البته باید توجّه داشت که این دو حکم تکلیفی مجموعاً خصوصیت دارد و نمی‌توان این دو را از هم تفکیک کرد؛ و در صورتی که اگر یکی باشد بدون دیگری، ضمانی وجود نخواهد داشت؛ مانند باب امانت که بر امین واجب است مال امانی را به مالکش بازگرداند، لکن هیچ‌گاه گفته نمی‌شود که امین ضامن است؛ زیرا، امین در فرض تلف مال- البته بدون تعدّی و تفریط- لازم نیست که چیزی را به مالک بدهد و ذمّه او بری است. بنابراین، ضمان در صورتی معنا دارد که دو حکم تکلیفی فوق هر دو باهم باشد؛ یعنی: «إذا کان العین موجودهْ یجب ردّها وإذا کانت تالفهْ یجب ردّ بدلها».

ایشان ضمان را به باب اباحه و ملکیّت تشبیه می‌کند و می‌فرماید: این که باید هر دو حکم با هم باشد، مانند باب اباحه و ملکیّت است؛ بدین معنا که اگر مالی برای انسان مباح باشد، جواز تصرّف دارد، لکن هر جواز تصرّفی دالّ بر ملکیّت نیست؛ چه آن که ملکیّت- که یک حکم وضعی است- در مواردی است که چند حکم تکلیفی وجود داشته باشد؛ یکی از آن احکام، «جواز تصرّف» است؛ و علاوه بر این، باید دو حکم دیگر «انتقال المال إلی الوارث حین الموت» و «تعلّق الخمس بالمال» نیز وجود داشته باشد تا ملکیّت محقّق شود؛ و به عبارت دیگر، در مواردی که این احکام تکلیفیّه سه‌گانه موجود

قاعده ضمان ید، ص: ۸۵

است، ملکیّت هم وجود دارد. در مورد ضمان نیز همین‌طور است و باید هر دو حکم «وجوب ردّ العین» و «وجوب ردّ بدلها» باهم باشند تا ضمان محقّق شود.

مطلب سوم: محقّق بروجردی رحمه الله در ادامه به یک اشکال پاسخ داده و می‌گوید: با این بیان، می‌توان قضیّه حملیّه در حدیث «علی الید» را تصویر نمود. اشکال این است که در علم اصول، بزرگانی مانند مرحوم آخوند خراسانی، مرحوم محقّق اصفهانی، خود مرحوم محقّق بروجردی و والد بزرگوار، مطرح می‌کنند ملاک حمل در باب قضایا، اتحاد و هوهویّت است؛ در حدیث «علی الید» که گفته می‌شود «ما أخذت» مبتدای مؤخّر و «علی الید» خبر مقدّم است و مشهور علما از این حدیث، حکم وضعی ضمان را فهمیده‌اند، اشکال می‌شود که «مأخوذ» که همان «ما أخذت» می‌باشد، عین خارجی است، امّا «علی الید» به معنای عهده بوده و امری اعتباری است، نه خارجی؛ در اینجا چگونه تشکیل قضیّه را تصویر می‌کنید؟ اینجا که بین موضوع و محمول، اتحاد و هوهویّت

نیست؟ به عبارت دیگر، این شییء خارجی به وصف خارجیّت، چگونه می‌تواند بر عهده قرار بگیرد؟

مرحوم آقای بروجردی رحمه الله در جواب از اشکال می‌فرماید: ما نمی‌خواهیم بگوئیم شییء خارجی به وصف خارجیّتش در عهده قرار می‌گیرد، بلکه می‌گوئیم چنین شیئی متعلّق یک امر اعتباری هم قرار می‌گیرد؛ هنگامی که چیزی اعتبار می‌شود، گاه متعلّق آن یک امر ذهنی است و گاه آن متعلّق امری خارجی است؛ درست همانند موردی که گفته می‌شود فلان شییء مال زید است؛ در اینجا هیچ تغییر و تغیّری در عالم خارج بوجود نمی‌آید، بلکه آن شییء متعلّق یک امر اعتباری قرار می‌گیرد. و از همین جا ملاک حمل در قضیّه حملیّه که مسأله اتّحاد و هوهویّت است، درست می‌شود.

مطلب چهارم: ایشان به این نکته می‌پردازند که گاه ضمان به یک امر کلّی

قاعده ضمان ید، ص: ۸۶

متعلّق می‌شود و این در باب عقدالضمان است که ضامن عهده‌دار ذمّه مدیون- که یک امر کلّی است- می‌شود. و از اینجا به اختلافی که در عقدالضمان بین مذهب امامیّه و اهل‌سنّت وجود دارد، اشاره می‌فرمایند که بر اساس مذهب امامیّه، ضمان به معنای نقل ذمّه است؛ بدین معنا که وقتی ضامن، دین مدیون را پذیرفت، دین که بر عهده مدیون قرار داشت، به ذمّه ضامن انتقال پیدا می‌کند و این هم به جهت وجود روایات خاصّی است که در این زمینه از اهل‌بیت علیهم السلام رسیده است.

لیکن چنین معنایی مخالف با بنای عقلاست. متعارف در میان عقلا این است که اگر شخصی ضامن دیگری شود، ذمّه مدیون از اشتغال خالی نمی‌شود؛ و از سوی دیگر، علمای اهل سنّت نیز چون روایات وارده از اهل‌بیت علیهم السلام را قبول ندارند، ضمان را به همان معنای متعارف در بین عقلا تفسیر کرده و می‌گویند: «الضمان عبارة عن ضمّ ذمّة إلی ذمّة اخری». در این صورت، به صرف اشتغال ذمّه ضامن، ذمّه مدیون بری نمی‌شود؛ بر خلاف مذهب امامیّه که ذمّه مدیون بری می‌شود.

محقّق بروجردی رحمه الله در ادامه می‌فرماید: در اینجا که ضامن عهده‌دار ذمّه مدیون می‌شود، ضمان به یک امر کلّی- دین- تعلّق پیدا کرده است و بنابراین، متعلّق آن امر جزئی نیست.- البته به این نکته باید توجّه داشت که «دین» گرچه امر کلّی است، ولی دینی که در خصوص ذمّه مدیون متعیّن است، جزئی می‌شود؛ مثل آن که مفهوم کلّی انسان در ذهن تصوّر می‌شود، ولی آن مفهوم کلّی که ذهن انسان در آن زمان تصوّر می‌کند، جزئی می‌شود.- در این صورت، جمع بین عهده و اشتغال ذمّه می‌شود؛ از یک طرف عهده است که به خصوص ذمّه یک فرد چون متعلّق شده است، جزئی گردیده است؛ و از دیگر سو، اشتغال ذمّه ضامن به دین تعلّق پیدا کرده که یک عنوان کلّی دارد.

قاعده ضمان ید، ص: ۸۷

مطلب پنجم: آخرین مطلبی که مرحوم آقای بروجردی قدس سره ذکر می‌کند، این است که مطابق بیان ما و تعریفی که از ضمان ارائه کردیم، چنین معنایی در باب معاوضات- ضمان معاوضی- وجود ندارد. بدین صورت که تعلّق ضمان به امر کلّی فقط در باب عقد الضمان محقّق است؛ حال در موردی که بیع به یک امر کلّی تعلّق پیدا کرده است، قبل از تحقّق بیع اشتغال ذمّه‌ای وجود ندارد، هنگامی هم که بیع محقّق می‌شود، ذمّه بایع مشغول می‌شود به این که مبیع را به مشتری تحویل دهد و ذمّه مشتری مشغول می‌شود که ثمن را به بایع دهد، و زائد بر این، چیزی به نام ضمان نداریم که گفته شود بایع و یا مشتری ضامن است. بنابراین، «لامعنی للضمان فی ضمان المعاوضات» که مرحوم شیخ و دیگران بر آن اصرار دارند.[۸۸]

قاعده ضمان ید، ص: ۸۸

اشکال و جواب

گویا کسی به محقّق بروجردی رحمه الله اشکال می‌کند که اگر شما ضمان معاوضی را قبول ندارید، در مورد قاعده «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» که می‌گوید در آن عقدی که در صحیحش ضمان است در فاسدش نیز ضمان است، چه می‌گوئید؟ آیا

به‌جز ضمان معاوضی چیز دیگری در اینجا وجود دارد؟

ایشان در جواب می‌فرماید: اوّلًا: این قاعده اصلی ندارد؛ نه آیه و روایتی بر آن دلالت دارد و نه معقد اجماع است؛ لذا، اکثر محشّین مکاسب بر مرحوم شیخ اشکال کرده‌اند این قاعده که متّخذ از آیات و روایات نیست، چرا در مفردات آن بحث می کنید؟ و ثانیاً: اگر ضمان معاوضی را بپذیریم، در صورتی که مالی از غیر طریق معاوضه- مثلًا ارث- به شخصی منتقل شود، باید بگوئیم

قاعده ضمان ید، ص: ۸۹

که در اینجا ضمانی نیست؛ چرا که معاوضه‌ای وجود نداشته است؛ و حال آن‌که چنین تفصیلی صحیح نیست؛ و اگر کسی ضمان معاوضی را بپذیرد، باید چنین تفصیلی را قائل شود که در موردی که مالی از غیر طریق معاوضه منتقل شود، باید ضمانی وجود نداشته باشد؛ و اگر مالی از طریق بیع و مانند آن منتقل شود، باید گفته شود که گیرنده ضامن است؛ و حال آن که چنین تفصیلی بر خلاف بنای عقلا است.

عبارت محقّق بروجردی رحمه الله چنین است:

«ولکنّ الظاهر عدم إطلاقه بنحو الحقیقة فی المعاوضات الصحیحة وإطلاقه علیها فی قاعدة «ما یضمن» لا دلالة له علی ذلک؛ لعدم کون القاعدة بالعبارة المعروفة ممّا دلّ علیه آیة أو روایة أو اجماع، ولذا اعترض أکثر محشّی المکاسب علی الشیخ الأعظم قدس سره بلحاظ جعل البحث فی مفردات القاعدة مهمّاً، نظراً إلی ما ذکرنا ...

هذا مضافاً إلی أنّ لازم ذلک التفصیل فی أموال المالک من جهة إطلاق الضمان، فإن کان منتقلًا إلیه بالإرث ونحوه لایقال: إنّه ضامن له، وإن کان منتقلًا إلیه بالبیع ونحوه من المعاوضات یقال:

هو ضامن له، مع أنّ التفصیل بهذا النحو خلاف ما علیه العقلاء، کما لا یخفی»[۸۹].

نتیجه آن که ایشان، مرحوم آخوند و مرحوم اصفهانی در این جهت مشترک هستند که در هر موردی که ضمان باشد، هم حکم وضعی وجود دارد و هم حکم تکلیفی؛ لیکن مرحوم آخوند و مرحوم اصفهانی از ابتدا معتقد بودند که ضمان به معنای عهده است، ولی عهده به معنای حکم وضعی نیست؛ بلکه عنوانی است که یا قدر جامع بین حکم تکلیفی و وضعی است و یا اگر نتوانیم

قاعده ضمان ید، ص: ۹۰

قدر جامع درست کنیم[۹۰] باید بپذیریم که شارع عهده را اعتبار نموده و سپس دو اعتبار دیگر بر آن مترتّب نموده، یکی اعتبار حکم تکلیفی و دوّم، اعتبار حکم وضعی؛ اما مرحوم بروجردی قدس سره معتقد است که حکم وضعی ضمان موضوع برای دو حکم تکلیفی است.

اشکالات نظریّه محقّق بروجردی رحمه الله[۹۱]

قاعده ضمان ید ؛ ص ۹۰

نظر، بر سخن مرحوم محقّق بروجردی «أعلی اللّه مقامه الشریف» با این که نکات دقیق و بدیعی در آن وجود دارد، و والد محقّق و بزرگوار ما در کتاب «القواعد الفقهیة» آن را پذیرفته و به شدّت مورد اعتنا قرار داده‌اند، اما با این وصف، مناقشاتی بر آن وارد است.

اوّل: باید گفت عقلا در باب دیون و ضمانات دو اعتبار ندارند؛ چنین نیست که عنوانی را به نام ذمّه و عنوان دیگری را به نام عهده اعتبار کنند. بنابراین، آن‌چه که ایشان معتقدند مبنی بر آن‌که عقلا در باب دیون، وجود ذمّه و در باب ضمان وجود عهده را اعتبار می کنند، صحیح نیست.

البته «عهده» یک عنوان عامی است که گاه به امر جزئی و گاه به امر کلّی تعلّق پیدا می کند؛ نه آن که «عهده» مساوی با ضمان

باشد. در صورتی که عهده به یک امر جزئی خارجی تعلّق گیرد، نتیجه‌اش ضـمان می‌شود؛ و در صورتی که به امر کلّی متعلّق شود، اشتغال عهده و اشتغال ذمّه خواهد بود. به عبارت دیگر، ذمّه از مصادیق عهده می‌شود و نه مباین با آن.

دوّم: محقّق بروجردی رحمه الله فرمودند: گاه عهده به یک امر کلّی متعلّق می‌شود

قاعده ضمان ید، ص: ۹۱

و آن امر کلّی را بـه عقـد الضـمان منحصـر کردنـد. به نظر می‌رسـد که این مطلب اختصاصـی به عقـد الضـمان نداشـته و در تمـامی معاوضات چنین معنایی وجود دارد؛ و اساساً عقـد به معنای عهده است و «أوفوا بالعقود» را به «أوفوا بالعهود» تفسیر می‌کنند؛ عقدی وجود ندارد که در آن عهده و تعهّد نباشد؛ بایع عهده‌دار شده که یک مبیع کلّی را تحصیل کند و در اختیار مشتری قرار دهد.

با توجّه به این نکته، معلوم می‌شود آن‌چه مرحوم شیخ انصاری قدس سره در مکاسب به عنوان ضمان معاوضی بیان کرده و برخی از محشّین مکاسب مثل مرحوم آخونـد و مرحوم اصـفهانی نیز آن را قبول دارند، مطلب صـحیحی است؛ و در معاوضات کلیه می‌توان گفت ذمّه به مبیع کلّی اشتغال پیدا می‌کند، و ضمان در این موارد معنا دارد و یک امر عقلایی است.

سوم: همان‌گونه که بیان شـد، محقّق بروجردی رحمه الله عهـده را مساوی با ضـمان گرفته‌اند، در حالی که عهده معنا و عنوان عامی داشـته، امری اعتبـاری بوده و در میـان عقلاء هم اثر ضـمان بر آن مترتّب می‌شود و هم آثـار دیگر، و از جمله اثر تکلیفی بر آن بـار می‌شود.

چهارم: این که ایشان می‌فرماید عقلا ضـمان را موضوع دو حکم تکلیفی قرار داده‌اند، قابل قبول نیست؛ چرا که عقلا مسأله عهده را مطرح می‌کنند و بر آن آثاری مترتّب می‌شود؛ از آثار وضـعیه به ضمان تعبیر می‌شود؛ و علاوه بر این آثار، عهده دارای آثار تکلیفیّه نیز هست. بنابراین، این که عقلا، خود ضمان را موضوع برای دو حکم تکلیفی قرار دهند، در نزد عقلا معهود و شناخته شده نیست.

۵- دیدگاه امام خمینی رحمه الله: قرار گرفتن عین مال بر عهده‌ی آخذ

اشاره

مرحوم امام بحث مفصّلی را در مورد معنا و حقیقت ضـمان در «کتاب البیع» مطرح می‌کننـد؛ ایشان می‌فرماید: ما یک دلیل عقلی یا نقلی نداریم که بیان کند کیفیت ضمان در همه موارد و در ابواب مختلف- باب ید، باب اتلاف و سایر ضمانات-

قاعده ضمان ید، ص: ۹۲

باید به صورت یکسان و واحد باشد؛ در نتیجه، لازم است که ظاهر ادلّه مورد بررسی و دقت قرار گیرد تا معلوم شود که از آن‌ها چه چیزی استفاده می‌شود.

ایشان می‌گوید: از روایاتی که دلالت بر ضـمان در موارد ید، اتلاف و سایر ابواب ضـمانات می‌کند، استفاده می‌کنیم که خود «عین مال» بر عهده آخذ قرار می‌گیرد؛ به عنوان مثال: در باب ید که گفته می‌شود «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّیه» منظور از «ما أخذت»- [همـان‌گونه که بارهـا گفته شـده است]- «عین خـارجی» است؛ یعنی خود «عین» بر عهـده است؛ و همین‌طور حـدیث «من أتلف مال الغیر فهو له ضامن» که ضـمان نسبت به خود مال است. بعد در ادامه می‌فرمایند: این ظهور با یک اشکال مهمّ عقلی مواجه است و از نظر عقـل و عقلاء نمی‌توان به آن ملتزم شـد؛ زیرا، در صـورتی که مـال مأخوذ تلف شود، دیگر مـالی وجود نـدارد که به مـالکش بازگردانـده شود؛ مشـهور می‌گوینـد در فرض تلف، پرداخت بـدل- مثل و یـا قیمت مـال- به منزله پرداخت خود مال است و با این توجیه از اشکال پاسخ می‌دهند.

مرحوم امام در نقـد سـخن مشـهور که می گوینـد «عین مال» بر عهده می آید، می‌فرماید: چهار احتمال در این نظر وجود دارد که هر چهار مورد باطل است.

احتمال اوّل این است که مال به قیـد «وجوده الخارجی» بر عهده شـخص قرار می گیرد؛ اشـکال این احتمال آن است که پس از تلف شـدن مال دیگر وجود خارجی ندارد که بر عهده شـخص قرار گیرد؛ در این مورد، ضـمان به چه صورت می‌شود؟ نتیجه آن که باید بگوییم: «فلابدّ أن یسقط ضمانه بتلفه».

احتمال دوّمی که وجود دارد، این است که گفته شود: مراد از «ما أخـذت»، ماهیت معرّات و خالی و بـدون وجود است. اشـکال این احتمال نیز آن است که در عالم خارج، اخذ بر وجود خارجی مال صورت گرفته است و نه بر ماهیّت آن؛ و مقصود از «ید» بر شیء آن است که بر وجود آن مال دست پیدا می کند و

قاعده ضمان ید، ص: ۹۳

به همین دلیل، احتمال دوّم نیز باطل است.

احتمـال سـوم آن که گفته شـود چیزی که بر عهـده قرار می گیرد، واقع خـارجی و موجود است، ولی نه به قیـد «وجوده الخـارجی». اشـکالی که بر این احتمـال وارد می‌شود، این است که دست پیـدا کردن بر واقع بـدون وجود خـارجی امکان‌پـذیر نیست؛ به عبارت دیگر، در حقیقت بر همان وجود خارجی است که شخص دست می‌یابد.

احتمـال چهارم نیز این است که «یعتبر الوجود الخارجی باقیاً»؛ به این معنا که درست است که وجود خارجی مال بعـد از تلف از بین می‌رود و نابود می‌شود، ولی عقلا آن را در حکم موجود می گیرند؛ یعنی مانند این است که مال در خارج وجود دارد و بقای آن را اعتبار می کننـد. اوّلین اشـکالی که بر این احتمال وارد می‌شود، این است که انسان بر وجود خارجی حقیقی و واقعی مال دست پیـدا می کنـد و نه بر وجود خارجی اعتباری؛ و ثانیاً: حمل چنین معنایی بر خلاف ظاهر حـدیث است؛ ظاهر روایت این است که مضـمون عبارت از همان مأخوذ و مال موجود خارجی است و نه اعم از آن- «أنّ المضـمون ما هو الموجود خارجاً، لا الأعمّ منه ومن المعدوم الّذی یعتبر موجوداً باقیاً[۹۲]-.

با باطل بودن هر چهار احتمال، معلوم می گردد که یک وجه معقول و مقبولی برای کلام فقها در این مورد وجود ندارد؛ چرا که غیر از این چهار احتمال، احتمال دیگری نیز وجود ندارد- «فلا وجه معقول مقبول عرفاً وعقلًا لما افید»[۹۳]-.

از این رو، مرحوم امام خمینی قدس سره برای ضمان معنای جدیدی ذکر نموده و می‌فرماید:

«والتحقیق أن یقال: إنّ الضمان المعهود المغروس فی أذهان

قاعده ضمان ید، ص: ۹۴

العقلاء، هو عهدهٔ الغرامهٔ والخسارهٔ، ففی المثلی بالمثل، وفی القیمی بالقیمهٔ یوم الإتلاف، وإنّ ضـمانالعین بمعنی أنّ نفس العین علی عهـدهٔ الضـامن فی المثلیّات والقیمیّات، خلاف المتعـارف والمعهود عنـدهم، وفی مثله لابـدّ من ورود دلیـل صـریح مخالف لبنائهم ودیدنهم، کما فی دیهٔ الکلب الّتی وردت فیها روایات صریحهٔ معتبرهٔ ...

وهذا أقرب بنظر القاصر عجالتاً، وإن خالف ما مرّ منّا إلی الآن، «یَمْحُواْ اللَّهُ مَا یَشَآءُوَ یُثْبِتُ ...»[۹۴]»[۹۵].

ایشـان می گویـد: ضـمان عبـارت است از این که خسـارت مـال بر عهـده قرار می گیرد و نه خود عین مـال؛ و این معنـا در میان عقلا مشـهور و معروف است که بایـد خسـارت مـال به مـالکش پرداخت شـود؛ بنـابراین، در صـورت بـاقی بودن خود آن مـال، همـان به مـالکش بازگردانـده می‌شـود، و در صورت تلف نیز بـدل آن- مثـل و یـا قیمت مـال- به مالـک پرداخت می‌شود؛ و عقلاـ هیـچ گاه نمی گویند که خود عین بر عهده آخذ و ضامن است.

بطور کلّی شـارع مقـدّس نیز مطـابق بـا فهم و نظر عقلاـ رفتار، و حکم شـرعی صادر می کنـد؛ و اگر در موردی نیز بخواهـد با روش

معهود در میان عقلاـ مخالفت کنـد، لاـزم است که یک دلیل صریح و روشنی در آن زمینه بیان نمایـد؛ ماننـد مسأله دیه سگ که روایات روشن و معتبری بر آن دلالت دارد.[۹۶]

مرحوم امام در ادامه بیان می‌کنند که غایت ذکر شده در روایت- «حتّی

قاعده ضمان ید، ص: ۹۵

تؤدّیه»- فقط مربوط به صورت بقای عین مال در نزد آخـذ است و دیگر صورت تلف را شامل نمی‌شود؛ بر خلاف مشـهور علما که می‌گوینـد غایت مـذکور در حدیث «علی الید» هم شامل صورت بقا و هم شامل صورت تلف عین مال می‌شود. ایشان می‌گوید: در فرض تلف، بایـد بگوئیم بر عهـده آخـذ و ضامن، خسارت مال می‌آید و دیگر اداء، ادای عین مال نیست، بلکه مثل و یا قیمت آن را به مالک می‌دهد؛ مانند این که فردی به دیگری بگوید: «ألق مالک فی البحر وعلیّ ضـمانه»- مالت را در دریا بینداز و من ضامن آن خواهم بود- که در این مثال نیز، ضمان به معنای پرداخت خسارت است.

بنـابراین، مرحوم امـام قـدس سـره بر خلاف سایر فقها و بزرگان، قائل‌انـد که غایت مـذکور در روایت، فقط صورت بقای مال را در برمی‌گیرد و نه صورت تلف را.

ایشان در نهایت، در مورد معنای روایت «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّیه» می‌فرماید:

«والتحقیق: أنّ الغایهٔ المذکورهٔ فیه غایهٔ للضمان ... فإنّ قوله صلی الله علیه و آله:

«علی الیـد ما أخـذت ...» یراد منه أنّ الآخذ ضامن للمأخوذ؛ بمعنی أنّه لو تلف تکون خسارته علیه، وغایهٔ هذا الأمر التعلیقی أی عهدهٔ الخسارهٔ علی فرض التلف، هو أداء نفس العین لیس إلّا، فلو استولی أحـد علی مال غیره یکون ضامناً؛ أی علی عهـدته خسارته، ما لم یصل المال إلی صاحبه وإن خرج عن استیلاء المستولی، وقع تحت استیلاء غیره أم لا.

وهذا هو الظاهر من حدیث الید، الموافق لبناء العقلاء فی باب الضمان ...»[۹۷].

می‌فرماید: ضمان مال مأخوذ در صورتی که تلف می‌شود، بدین صورت

قاعده ضمان ید، ص: ۹۶

است که شخص آخذ می‌بایست خسارت مال را بپردازد و این معنایی است که با روش عقلا نیز سازگاری داشته و همچنین مضمون روایات باب ضمان موافق با آن است.

بر اسـاس این فرمـایش امـام رحمه الله دیگر چیزی به نـام حکم تکلیفی- وجوب الحفـظ یـا وجوب الرّد- نـداریم و فقط یک معنا از ضمان استفاده می‌شود و آن عبارت است از «عهدهٔ الخسارهٔ».

اشکالات دیدگاه امام خمینی رحمه الله

به نظر می‌رسد نسبت به این سخن مرحوم امام قدس سره مناقشاتی وجود دارد:

۱- اوّلین اشکال در مورد اصل سخن ایشان است که فرمود: نمی‌توانیم ضمان را نسبت به خود عین مال موجود خارجی تصویر کنیم و سخن مشهور نیز مقبول و معقول نیست.

اشـکال این است که از میان چهار احتمالی که ایشان در مورد وجود ضمان در عین مال مطرح کردند، احتمال چهارم صحیح و قابل اخـذ است. عقلا و شارع مقـدّس در صورتی که شـخص بر مال دیگری دست پیـدا می‌کنـد، آن را بر عهـده فرد اعتبار می‌کننـد؛ در اینجـا گفته نمی‌شود که خود موجود خـارجی بر عهـده می‌آیـد؛ چرا که- همـان‌طور که بیـان شـد- عهـده یـک امر اعتباری است و نمی‌شود که موجود خارجی متعلّق آن شود.

مرحوم امام قدس سره در اشکال اوّلشان بر احتمال چهارم گفتند: آن‌چه که آخذ بر آن دست یافته، مال موجود خارجی و حقیقی است، ولی آن‌چه که بر عهده می‌آید، موجود خارجی اعتباری است و بین این دو مغایرت است.

پاسخی که از اشکال ایشان داده می‌شود، این است که هیچ تنافی و تعارضی بین این دو نیست؛ همان‌گونه که در سایر موارد نیز گاه یک امر خارجی منشأ چندین حکم اعتباری می‌گردد؛ و اساساً موضوع باید یک امر خارجی باشد تا

قاعده ضمان ید، ص: ۹۷

احکام اعتباری بر آن مترتّب شود.

محقّق بجنوردی رحمه الله نیز نظیر این مطلب را بیان داشته و می‌گوید: هنگامی که شخصی بر مالی به صورت غصبی یا بدون اذن مالک و یا بدون اذن شارع مقدّس ید پیدا کند، عقلا و شارع در اینجا آن مال را بر ذمّه آخذ اعتبار می‌کنند:

«فمعنی کون المأخوذ فی ذمّهٔ الآخذ وفی عهدته هو أنّ الهیئهٔ الموجودهٔ فی الخارج إن وقعت تحت الید غصباً أو بدون إذن المالك أو الشارع یعتبرها الشارع أو العقلاء أو کلاهما فی عهدهٔ الآخذ»[۹۸].

اشکال دوّم ایشان نیز این بود که چنین معنا و احتمالی بر خلاف ظاهر حدیث «علی الید» است؛ و بلکه ظاهر حدیث بر این مطلب دلالت دارد که مال مضمون همان وجود خارجی است.

پاسخ این اشکال نیز آن است که چاره‌ای جز ارتکاب خلاف ظاهر در اینجا نیست؛ هنگامی که امکان ندارد خود مال موجود خارجی- به وصف خارجیّت- بر عهده قرار بگیرد، به ناچار باید در اینجا اعتباری صورت پذیرد؛ و این مطلب قرینه‌ای عقلی و مجوّزی برای ارتکاب خلاف ظاهر می‌شود.

۲- اشکال دوّم بر آن قسمت از سخن ایشان وارد می‌شود که فرمودند: اساساً عقلا یک معنای معقولی را برای ضمان عین تا زمانی که باقی است، قائل نیستند.

به ایشان گفته می‌شود چرا چنین چیزی صحیح نیست و حال آن که اگر فردی بر مال غیر دست پیدا کند، در صورتی که هنوز عین مال تلف نشده باشد و در دست غاصب باقی باشد، اگر از عقلاـ سؤال شود که آیا ذمّه این شخص مشغول است یا نه؟ خواهند گفت: بله و به صرف دست پیدا کردن بر مال غیر، ذمّه و عهده شخص مشغول می‌شود؛ بدین معنا که مال را بر عهده آن شخص اعتبار می‌کنند.

قاعده ضمان ید، ص: ۹۸

۳- ایشان در مورد معنا و حقیقت ضمان فرمودند که ضمان یک امر تعلیقی و به معنای «عهدهٔ الخسارهٔ لو تلفت العین» است؛ بنابراین، به نظر ایشان هنگامی که عین مال در خارج موجود است، چیزی به نام ضمان معنا ندارد؛ به همین جهت استشهاد کردند که در عرف اگر بگویند: «ألق مالك فی البحر و علیّ ضمانه» منظور این است که در صورت تلف شدن آن مال، خسارتش بر عهده من است.

در پاسخ به ایشان گفته می‌شود: درست است که در برخی موارد ضمان در صورت تلف‌شدن مال مطرح می‌شود؛ مانند قاعده اتلاف- «من أتلف مال الغیر فهو له ضامن»- که اگر شخصی مال دیگری را از بین ببرد، هرچند بر آن دست نیافته باشد، ضامن آن خواهد بود؛ به عنوان مثال: آتشی را بر روی گندم دیگری می‌اندازد و یا آتشی را از ورای دیوار به خانه‌ای می‌اندازد و خانه در آتش می‌سوزد و ...، در تمام این موارد شخص ضامن است. بنابراین، بطور کلّی در مواردی که اتلاف وجود دارد، معنایی برای ضمان جز پرداخت خسارت وجود ندارد؛ لیکن موارد ضمان منحصر به باب اتلاف نمی‌شود، بلکه موارد دیگر از جمله «ید» نیز باعث ضمان است و طبق تعریف حضرت امام رحمه الله باید این موارد از سببیّت برای ضمان خارج شود که مطلب صحیحی نیست.

۴- اشکال چهارمی که در اینجا وجود دارد و با اشکال سوم مرتبط می‌باشد، این است که اگر ما باشیم و حدیث «علی الید»، باید

یک ضمان فعلی و منجّز در اینجا وجود داشته باشد. مطابق معنایی که ذکر کردیم- که نه نیاز به تقدیر داشت و نه مرتکب مجازیّت شدیم- مبنی بر آن که «علی» دلالت بر عهده دارد و «ما أخذت» اعتباراً بر عهده‌ی «ذی‌الید» می‌آید؛ و حال آن که طبق معنای امام رحمه الله ضمان، یک ضمان تعلیقی می‌شود؛ و بر فرض تلف، شخص ضامن می‌شود.

قاعده ضمان ید، ص: ۹۹

۵- اشکال آخر نیز این است که ایشان ضمان را یک حکم وضعی دانستند و دیگر حکم تکلیفی «وجوب الردّ» یا «وجوب الحفظ» را استفاده نکردند؛ در حالی که اگر ضمان را به معنای «استقرار در عهده» بدانیم، بر آن، هم حکم وضعی مترتّب می‌شود و هم حکم تکلیفی؛ بنابراین، ضمان دارای یک معنای عامّی است.

تعریف برگزیده ضمان

به نظر می‌رسد، بهترین تعریفی که برای ضمان می‌توان بیان داشت، تعریف محقّق اصفهانی رحمه الله در حاشیه مکاسب است؛ ایشان فرمودند: ضمان عبارت است از «کون الشیء فی ضمن العهدة»؛ و دارای آثار وضعی و تکلیفی است؛ طبق این تعریف، ضمان شامل «ضمان المال»، «ضمان النفس»،- کفالت- و «ضمان معاوضی» می‌شود و هیچ یک از اشکالاتی که بر تعاریف دیگر بزرگان وارد شد، بر این تعریف وارد نیست.

گفتار دوّم: دیدگاه اهل سنّت در مورد ضمان

قبل از آن‌که بحث از مفردات حدیث «علی الید» را شروع و بیان کنیم، مناسب است که اشاره‌ای اجمالی به کلمات اهل سنّت در مورد معنای ضمان داشته باشیم.

اوّلین نکته این است که غالب علما و فقهای عامّه- حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی- لفظ ضمان و کفالت را به صورت مترادف استعمال می‌کنند، بر عکس علمای امامیّه که ضمان را در مورد اموال به کار می‌برند و کفالت را در اشخاص استعمال می‌کنند.

به عنوان مثال، در مورد علمای حنفی آمده است:

«الحنفیّة یطلقون کفالة علی ما کان فیه الضمان بموجب العقد، و تشمل کفالة المال وکفالة النفس و ... ویطلقون الضمان علی ما هو

قاعده ضمان ید، ص: ۱۰۰

أعمّ. فیشمل الضمان بالعقد وغیر العقد».

علمای حنفیه کفالت را در ضمانی که به سبب عقد است، استعمال می‌کنند و شامل کفالت مال و کفالت جان آدمی می‌شود؛ ولی ضمان را برای اعم از این معنا استعمال می‌کنند و هم شامل مواردی می‌شود که به سبب عقد، ضمان ناشی شود و هم مواردی که به سببی غیر عقد باشد.

و امّا تعاریفی که از برای ضمان ذکر کرده‌اند، به عنوان مثال عبارت است از:

۱- حموی در شرح «الاشباه والنظائر» می‌نویسد: «الضمان عبارة عن ردّ مثل مال هالك أو قیمته ...»[۹۹]؛ ضمان عبارت است از پرداخت مثل یا قیمت مالی که تلف شده است.

او نیز همانند برخی از علمای شیعه بحث ضمان در صورت بقای عین را مطرح نکرده و فقط ضمان در صورت تلف را بیان می‌کند.

۲- شوکانی می‌گوید: «الضمان عبارة عن غرامة التالف»[۱۰۰]؛ این تعریف، شبیه فرمایش امام خمینی قدس سره است که فرمودند: ضمان به معنای برعهده گرفتن خسارت در صورت تلف است.

۳- غزالی در «الوجیز» مقداری تعریف را توسعه داده و گفته است: «الضمان هو واجب ردّ الشیء أو بدله بالمثل أو القیمهٔ عند تلفه»[۱۰۱]؛ وی برای ضمان معنایی ذکر می‌کند که شامل حکم تکلیفی نیز می‌شود؛ و آن این که بر شخص لازم است که خود مال را ردّ کند و اگر تلف شد، مثل و یا قیمتش را بپردازد.

۴- علی الخفیف در کتاب «الضمان فی الفقه الاسلامی» نیز می‌نویسد:

قاعده ضمان ید، ص: ۱۰۱

«الضمان بمعناه الأعمّ فی لسان الفقهاء هو شغل الذّمهٔ بما یجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فیها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقّق شرط أدائه، سواء أکان مطلوباً أداؤه فی الحال کالدِّین الحالّ، أم فی الزمن المستقبل المعیّن، کالدِّین المؤجّل إلی وقت معیّن، إذ هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقّق شرط أدائه، وکالمبیع فی یدمن اشتراه بعقد فاسد، فإنّ ضمانه علی مشتریه مادام فی یده، یضمنه بقیمته إذا هلک لبائعه»[۱۰۲]؛ ضمان به معنای اعم در لسان فقها عبارت است از اشتغال ذمّه به آن‌چه که وفای به آن لازم است، مال باشد یا عمل و فعل؛ و هنگامی که شرط ادای آن فعل یا مال محقّق شود، در اینجا ادای آن شرعاً لازم است؛ چه آن که مانند «دین حالّ» باشد و فوراً پرداخت آن لازم باشد و چه مانند «دین مؤجّل» و مدّت‌دار باشد که در زمان آینده باید پرداخت شود؛ چرا که مطلوب در اینجا ادای قرض است در صورتی که شرط ادای آن محقّق شود؛ و مانند ضمان در عقد فاسد که مبیع در دست مشتری تا زمانی که باقی است، باید عین همان به مالک بازگردانده شود و مشتری ضامن قیمت آن مال خواهد بود، در صورتی که تلف شود.

این عبارت و تعریفی که از برای ضمان ذکر شد، نزدیک‌ترین عبارت است به تعریفی که ما از برای ضمان بیان کردیم.

تا این‌جا، بررسی دلالت حدیث «علی الید» از نظر ترکیبی پایان می‌یابد؛ پس از این، نوبت به بررسی مفردات والفاظ وارد در حدیث می‌شویم.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۰۳

بخش دوم: بررسی مفردات حدیث «علی الید»

فصل اوّل: مفهوم ید و انواع آن

اشاره

بعد از روشن شدن مفاد ترکیبی و دلالت روایت بر حکم وضعی، بحث بعدی که مطرح می‌شود، بحث از مفردات حدیث- کلمات «ید»، «أدا» و «ما أخذت»- است.

گفتار اوّل: معنای کلمه «ید»

اشاره

اولین مطلب این است که منظور از کلمه «ید» چیست؟ آیا مقصود، خصوص ید جارحه است؟

در پاسخ باید گفت: تردیدی نیست که مراد از «ید» خصوص دست موجود در بدن انسان نیست و بلکه اگر کسی مثلًا با پای خود بر مال دیگری تسلط پیدا کند، مشمول حدیث «علی الید» خواهد بود؛ هر چند که از سیاق عبارت حدیث برمی‌آید که اموال با دست

گرفته می‌شود. به همین جهت، علما و بزرگان گفته‌اند: مقصود از «ید» در این روایت، استیلا و تسلط بر مال غیر است؛ و هر حکمی که از حدیث «علی الید» استفاده شود، بر این موارد نیز صدق می کند.

قاعده ضمان يد، ص: ۱۰۶

از این‌رو، نسبت بین قبض یـد و استیلاء عموم و خصوص من وجه است؛ گاه انسان بر مال غیر استیلا داشـته و آن را در اختیار خود دارد، امّا قبض به یـد نـدارد؛ مانند استیلای بر عقارات و حیوانات؛ و گاه قبض ید است و استیلا تحقّق ندارد، مثل موردی که مالکی قوی و قدرتمند در کنار مالش هست و شخص دیگری که ضعیف است آن را بردارد، در حالی که هیچ قدرتی برای تصرّف در آن مـال نـدارد؛ مواردی نیز وجود دارد که هم قبض یـد است و هم استیلا،ماننـد موارد غصب که غاصب بر مال غیر هم یـد دارد و هم استیلا.

بسیاری از فقها، از جمله صاحب عناوین[۱۰۳]، محقّق بروجردی رحمهما الله[۱۰۴] و والد بزرگوار[۱۰۵] «دام ظلّه» فرموده‌اند: «ید» در این حـدیث، کنایه از استیلا است؛ و یا گاه فرموده‌اند که کنایه از مستولی- کسـی که استیلای بر مال پیدا کرده است- می‌باشد؛ «علی الید» یعنی «علی المسـتولی» شاهد آن نیز موارد بسیار زیادی است که کلمه «ید» به صورت کنایه از استیلا استعمال شده است؛ از جمله آیه‌ی شـریفه «وَقَالَتِ الْيَهُودُ يَدُ اللَّهِ مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَلُعِنُواْ بِمَا قَالُواْ بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ ...»[۱۰۶] مقصود یهودی‌ها از «ید اللَّه» این بوده که خداونـد متعـال قـدرت بر انفاق و توسـعه‌ی رزق و روزی بنـدگانش را نـدارد؛ خداونـد نیز در پاسـخ به آن‌ها بیان می‌دارد که چنین نیست. در این آیه‌ی شـریفه، دو مرتبه کلمه «ید» به خداوند نسبت داده شده است و در هر دو مورد، منظور تسلّط، استیلا و قدرت است.

البته در اینجا که خداوند متعال قصد دارد قدرت بیشتری را تفهیم کند،

قاعده ضمان يد، ص: ۱۰۷

نمی‌فرماید: «ید اللَّه مبسوطة» و بلکه می‌فرماید: «بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنفِقُ كَيْفَ يَشَآءُ ...».

شمول حدیث «علی الید» نسبت به موارد عدم استیلا

برخی از بزرگان[۱۰۷] پس از ذکر این که «ید» در حدیث «علی الید» کنایه از استیلا و تسـلط است، می گویند: بنابراین، بحثی نیست در صورتی که ذوالیـد، استیلا و قـدرت بر تصـرّف نداشـته باشـد، از شـمول این حـدیث خارج است. چرا که در این مورد، استیلا و تسـلطی وجود نـدارد؛ حتّی اگر گفته شود که «یـد» در معنـای اصـلی آن- که «دست» است- به کـار رفته، متبـادر از آن، آن نوع به دست گرفتن است که ذوالید اقتدار و تسـلّط بر آن داشـته باشد؛ خصوصاً پس از ملاحظه «ما أخذت»، زیرا که ظهور در استیلا دارد. و به علاوه، بـا انضـمام عبـارت «حتّی تؤدّی» که ظاهرش این است «یـد» قادر به منع و دفع است و جز با استیلا چنین معنایی حاصـل نمی گردد. از این رو، گفته‌انـد: در صورتی که کسـی لبـاس دیگری را که در تن صـاحبش است بـا «دست» بگیرد و در همـان زمان لباس تلف شود، ضامن نیست. زیرا، این مورد داخل در مصادیق قاعده علی الید که مشروط بر استیلا است، نیست.

به نظر، سـخن فوق قابـل منـاقشه است. این که منظور از «یـد» خصوص «یـد جـارحه» و قبض به آن نیست، صـحیح است؛ لیکن بـاید گفت از کجای حدیث

قاعده ضمان يد، ص: ۱۰۸

«علی الید» تسلّط و استیلا استفاده می‌شود؟

فقهـا در بـاب مقبوض به سوم[۱۰۸] به حـدیث «علی الیـد» اسـتناد و حکم به ضـمان کردهانـد؛ در حـالی که در این مورد، بـا حضور صاحب مال، گیرنده، استیلائی بر مال ندارد؛ و بلکه مال تلف شده در اختیار مالك است؛ امّا از طرف گیرنده، «ید» وجود دارد.

از اين رو، نمی‌توان گفت در مواردی كه «يد» وجود دارد، امّا تسلّط و استيلائی نيست، از شمول حديث «علی اليد» خارج است و ضمان نيست. به عبارت ديگر، نمی‌توان وجود و عدم ضمان را دائر مدار استيلا و عدم آن قرار داد. و اگر كسی بگويد در همين مورد نيز استيلای نسبی وجود دارد، پاسخش اين است كه اين عنوان همراه با تكلّف است و عرف كه در اين موارد حاكم است، استيلای نسبی را استيلا نمی‌داند.

نكته ديگری كه تذكر به آن در اين زمينه لازم می‌باشد، اين است كه علّامه حلّی رحمه الله در كتاب «تذكرة الأحكام» مسأله‌ای را مطرح نموده و می‌فرمايد:

«ولو دخل دار غيره أو بستانه لم يضمن بنفس الدخول من غير استيلاء سواء دخلها بإذنه أو بغير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن»[۱۰۹]؛ اگر كسی به منزل يا باغ ديگری داخل شود، بدون استيلا و تسلط بر آن، به صرف دخول ضامن آن نيست؛ چه با اذن صاحبش داخل شده باشد و چه بدون اذن وارد آنجا شده باشد؛ و همچنين فرق نمی‌كند كه صاحب ملك در آن‌جا حضور داشته باشد و يا حضور نداشته باشد.

قاعده ضمان يد، ص: ۱۰۹

مرحوم علّامه قدس سره در چنين موردی، ضمان را نپذيرفته‌اند؛ و حال آن كه، از سوی ديگر، فقها استيلا در هر موردی را به حسب خودش می‌دانند؛ به عنوان مثال، استيلای بر فرش با جلوس بر آن، و استيلای بر دابّه با ركوب (سوار شدن) بر آن است؛ و لازم نيست حتماً دابّه و حيوان را بردارد و به طويله ببرد؛ نسبت به عقار نيز استيلای بر آن را به صرف دخول در آن می‌دانند. ايشان اين مطلب را به صورت مطلق ذكر نموده و قيد تملّك و يا تصاحب را بيان نكرده‌اند.

بنابراين، بايد ديد جمع بين كلمات فقها چگونه است؟ به عبارت ديگر، اگر مقصود از يد را يد جارحه بدانيم، ديگر نيازی به اين بحث نخواهد بود؛ و در هر موردی كه چنين معنايی صدق كند، ضمان وجود دارد؛ ليكن، اكنون كه يد را به «استيلا و تسلّط» تفسير می‌كنيم، بايد بررسی كرده و جمع بين كلمات فقها را روشن نماييم. در پاسخ بيان می‌كنيم كه مراد از استيلا، همان استيلای عرفی است؛ و مرحوم علّامه مجرّدِ داخل شدن در زمين غير را استيلا نمی‌دانند.

از مطلبی كه گذشت، اشكال ديگری بر محقّق مراغی رحمه الله وارد می‌شود، و آن اين كه مراد از استيلاء استيلای عرفی است؛ و چرا شما دايره استيلا را به اين اندازه وسيع نموده‌ايد و مجرّدِ ركوب بر دابّه را استيلا می‌دانيد و حال آن كه، در اينجا استيلای عرفی صدق نمی‌كند.

نتيجه آن كه، بعد از اين دو اشكال، شايد بتوان گفت منظور از «يد» در حديث «علی اليد» تصرّف است و نه استيلا، و بين عنوان تصرّف و عنوان استيلا فرق است؛ از اين رو، اگر شخصی در مال غير تصرّف كند، «علی اليد» می‌گويد ضامن است، چه بر آن مال استيلا داشته باشد و چه استيلائی نباشد. در اين صورت، جلوس بر فراش، ركوب دابّه، دخول در زمين غير و مقبوض به سوم، جزء مواردی می‌شوند كه حديث «علی اليد» شامل آن‌ها نيز می‌شود. به

قاعده ضمان يد، ص: ۱۱۰

عنوان مثال، در مقبوض به سوم، به همان اندازه كه شیء را بر می‌دارد تا نگاه كند، در آن مال از نظر عرف، تصرّف كرده است. بنابراين، «يد» را بايد كنايه از تصرّف بگيريم؛ چرا كه عنوان استيلا، مواجه با همين دو اشكالی است كه بر مرحوم مراغی قدس سره وارد نموديم، و اين دو اشكال بر عنوان تصرّف وارد نمی‌شود.

ديدگاه محقّق بجنوردی رحمه الله در مورد استيلا

نكته ديگری كه در مورد استيلا بايد تذكر داده شود و در كلمات محقّق بجنوردی رحمه الله آمده، اين است:

«... فظهر أنّ الید کنایة عن الاستیلاء خارجاً، أو تکویناً، أو عرفاً، أو شرعاً، أو اعتباراً ...»[۱۱۰].

ایشان «ید» را کنایه از تمامی موارد استیلا می‌داند و شاید مقصودشان از استیلای خارجی و تکوینی، مقبوض به سوم باشد. اما به ایشان عرض می‌شود که این عمومیت چگونه از حدیث «علی الید» استفاده می‌شود؟ در اینجا همان‌گونه که محقّق مراغی رحمه الله[۱۱۱] نیز بیان داشته است، باید گفت منظور از استیلا، استیلای عرفی است و استیلای شرعی و خارجی نمی‌تواند مدّ نظر قرار گیرد.

گفتار دوّم: شمول روایت نسبت به ید مأذون و غیر مأذون

اشاره

مطلب بعد در مورد کلمه‌ی «ید» این مسأله است که آیا «ید» شامل همه انواع و اقسام ید، اعمّ از ید مأذون و ید غیرمأذون می‌شود؟

برای توضیح بیشتر باید گفت: «ید» به اقسام مختلفی تقسیم می‌گردد؛ و در یک تقسیم، «ید» تقسیم می‌شود به ید مأذون- ید امانی- و ید غیر مأذون- ید

قاعده ضمان ید، ص: ۱۱۱

ضمانی-؛ منظور از ید مأذون این است که تسلّط و استیلای انسان بر مال غیر با اجازه صاحب آن است؛ مانند این که ید مستأجر بر عین مستأجره، به اذن و اجازه موجر است. در مقابل، ید غیرمأذون است؛ بدین معنا که تسلط و استیلای بر مال غیر بدون اجازه مالک آن است؛ مثل موردی که شخصی در منزل دیگری بدون اجازه صاحب‌خانه زندگی و در آن تصرّف کند.

در تقسیم دوّم، ید ضمانی (غیرمأذون) به ید عدوانی و غیرعدوانی تقسیم می‌شود. توضیح این که وقتی کسی مالی را به عقد فاسد قبض کند، ضامن و ید او ید غیر مأذون است، ولی شخص متصرّف در اینجا غاصب نیست و ید او عدوانی محسوب نمی‌شود؛ بنابراین، ید عدوانی منحصر به باب غصب می‌شود.[۱۱۲]

حال سؤال این است که آیا حدیث «علی الید» اطلاق داشته و شامل تمامی موارد فوق می‌شود؟

در صورتی که گفته شود حدیث اطلاق دارد، نتیجه این می‌شود که قاعده عدم ضمان امین- «الأمین لا یضمن»- مخصّص قاعده ضمان ید می‌شود؛ و باعث می‌گردد که ید مأذونه از این حدیث تخصیص بخورد. حال آیا چنین است؟

در مجموع سه احتمال در اینجا وجود دارد:

احتمال اوّل: حدیث «علی الید» مطلق بوده و شامل همه موارد می‌شود؛

احتمال دوّم: حدیث فقط دلالت بر ید غیرمأذون (ید ضمانی)- اعمّ از ید عدوانی و غیرعدوانی- دارد؛

احتمال سوم: حدیث «علی الید» فقط دلالت بر ید غیرمأذون عدوانی دارد.

از عبارات مرحوم مامقانی قدس سره استفاده می‌شود که ایشان قائل به اطلاق

قاعده ضمان ید، ص: ۱۱۲

هستند؛ وی می گوید:

«لکنّک خبیر بأنّ الأخذ بالنسبة إلی الأصناف الّتی تحته من الأخذ علی وجه القهر والغلبة والأخذ علی وجه السرقة بل الأخذ علی وجه العاریة والودیعة وغیرهما من قبیل المتواطی دون المشکّک»[۱۱۳].

ایشان می‌فرماید: کلمه «أخذ» یک عنوان کلّی است و نسبت به مصادیق و افرادش، عنوان متواطی دارد؛ صدق «اخذ» بر ید مأذون، با صدق آن بر ید غیرمأذون- ید عدوانی و ید غیرعدوانی- یکسان و برابر است؛ به عنوان مثال همان‌گونه که در باب عاریه، شخص

مستعیر بر مال ید دارد، در باب غصب نیز شخص غاصب ید دارد؛ و در هر دو، کلمه‌ی «ید» علی السویهٔ استعمال می‌شود.

امّا قائلین به احتمال دوّم[۱۱۴]- این که حدیث «علی الید» فقط بر ید غیرمأذون دلالت دارد- چند نکته را بیان می کنند؛

نکته اوّل: این که به قرینه کلمه‌ی «أخذ» که در روایت ذکر شده است، معلوم می گردد این روایت اصلًا اطلاقی ندارد و فقط شامل مواردی می‌شود که شخص مال غیر را بدون رضایت و اذن مالک تصاحب کند؛ علّت این امر نیز آن است که استعمال کلمه «اخذ» ظهور در مواردی دارد که مال غیر همراه با قهر و غلبه گرفته شده باشد؛ (یعنی گرفتن بدون رضایت مالک)؛ به خلاف کلمه‌ی «قبض» که در استعمالات عرفی، در مواردی که رضایت مالک وجود دارد نیز استعمال می‌شود.

نکته دوّم: این است که اگر از مطلب قبل صرف‌نظر کرده و گفته شود کلمه‌ی

قاعده ضمان ید، ص: ۱۱۳

«أخذ» اطلاق داشته و شامل مواردی که مال با رضایت مالک گرفته شود نیز می گردد، تردیدی نیست که حدیث «علی الید» در اینجا انصراف به ید غیرمأذون دارد و شامل ید مأذون نمی‌شود.

بنابراین، خروج ید امین، ید مستأجر، ید مستعیر و ... از این روایت، خروج تخصّصی خواهد بود و نه تخصیصی.

نکته سوم: دلیل دیگری که این گروه برای احتمال دوّم ذکر می کنند، این است که دلیل ضمان- روایت «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی»- همانند قضیّه «الظلم حرام» بوده و آبی از تخصیص است؛ در این صورت، دیگر نمی‌توان احتمال اوّل را پذیرفت و حدیث «علی الید» را به وسیله‌ی «الأمین لا یضمن» تخصیص زد؛ چه آن که لسان روایت سازگاری با تخصیص ندارد.

برای احتمال سوم- حدیث «علی الید» اختصاص به باب غصب دارد و فقط شامل ید غیرمأذون عدوانی می‌شود- نیز عمدتاً به کلمه‌ی «أخذ» استدلال شده است که ظهور در قهر و غلبه دارد.

به نظر می‌رسد که دلیل قائلین به احتمال دوّم و سوم ناتمام است؛ زیرا،

اوّلًا، در بعضی از نسخ روایت، به جای کلمه‌ی «أخذت»، «قبضت» ذکر شده است. در این صورت، دیگر نمی‌توان به خصوصیات مختصّ به هر یک از این الفاظ استدلال کرد؛ بلکه لازم است قدر جامع بین آن‌ها را اخذ نمود. این مطلب به صورت یک قاعده کلّی در تمامی موارد جریان دارد و اگر در موردی قدر جامع نباشد، روایت مجمل شده و صلاحیت برای استدلال نخواهد داشت.

ثانیاً، با مراجعه به کتاب‌های لغت معلوم می‌شود که در هیچ کتابی چنین فرقی ذکر نشده است؛ البته شاید عرف کلمه‌ی «أخذ» را در مواردی که همراه با قهر و غلبه است، بیشتر استعمال کند؛ ولی این باعث نمی‌شود که کلمه‌ی

قاعده ضمان ید، ص: ۱۱۴

«أخذ» را مختصّ به این مورد بدانیم. همچنین با ملاحظه آیاتی از قرآن کریم مثل آیه شریفه «وَإِذْ أَخَذَ رَبُّکَ مِن م بَنِیءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّیَّتَهُمْ ...»[۱۱۵] معلوم می‌شود که در این موارد هیچ قهر و غلبه‌ای وجود ندارد. بنابراین، دلیل فوق، دلیل درستی نیست.

در مورد مسأله انصراف نیز باید گفت: انصراف احتیاج به منشأ دارد و در این بحث، منشأیی برای انصراف وجود ندارد.

بنابراین، ادلّه ذکر شده در مورد عدم اطلاق مخدوش هستند؛ با این وجود، ما معتقد نیستیم که حدیث «علی الید» اطلاق دارد؛ بلکه در خود روایت، قرینه روشنی بر عدم اطلاق وجود دارد. ظاهر روایت این است که «أخذ» باید اخذ ابتدایی و اختیاری باشد؛ در مواردی که ید غیرمأذون است، استناد «اخذ» به «ید» ابتدایی است؛ امّا در موارد ید مأذون مثل ید وکیل و ید مستأجر، «اخذ» در رتبه‌ی متأخّر قرار دارد و ابتدایی نیست؛ از عرف هم که سؤال شود، می گوید اوّل مالک به او اجازه گرفتن- «أخذ»- داده و پس از آن است که «ید» حاصل می‌شود. در این صورت و مطابق این معنا، فرقی نمی کند که عبارت روایت، «أخذت» باشد یا «قبضت»؛ هرکدام که باشد، ظهور قوی دارد در این که اخذ و یا قبض، به صورت ابتدایی باید به «ید» استناد داشته باشد.

نکته دیگری که توجّه به آن در اینجا لازم می‌نماید، این است که برخی استدلال می کنند: محدّثین اهل سنّت، حدیث «علی الید» را

در میان روایات باب عاریه- که «یـد» در این باب، «یـد مأذون» است،- نقل کرده‌اند؛ بنابراین، کلمه «ید» در این روایت اطلاق دارد، هم شامل ید مأذون می‌شود و هم شامل ید غیرمأذون است.
پاسخی که از این دلیل داده می‌شود، آن است که اگر محدّثین- چه محدّثین
قاعده ضمان ید، ص: ۱۱۵
اهـل سنّت و چه محدّثین امـامیّه- روایتی را به اجتهاد خود در بابی خاص نقل کننـد، برای ما دلیلیّت و قرینیّت نـدارد. نتیجه آن که نمی‌توان گفت این نقل، دلیل بر اطلاق کلمه «ید» در این روایت می‌شود؛ نقل آنان صرف اجتهاد است که برای ما قابل قبول نیست.

بررسی عدم اختصاص روایت به باب غصب

بعد از آن که معلوم شد روایت اطلاق نداشته و فقط دلالت بر ید غیرمأذون دارد، باید گفت فرقی نمی‌کند که این ید، عدوانی باشد و یـا غیر عـدوانی. برخی از بزرگان علما[۱۱۶] بر این عقیده‌انـد که منظور از «یـد» در حـدیث «علی الیـد» ید عادیه و عدوانی است؛ لیکن به نظر می‌رسـد که چنین نیست و حـدیث «علی الیـد» هم شامـل مواردی می‌شود که یـد عـدوانی باشـد مثل باب غصب، و هم شامل مواردی است که یـد غیرعـدوانی باشـد مثل مورد مقبوض به عقد فاسد، که چون بیع فاسد است، ید مشتری بر مبیع غیرمأذون است؛ چه آن که اگر مالک علم به بطلان معامله داشته باشد، به مشتری اجازه تصرّف در مبیع را نمی‌دهد.
بنابراین، از حدیث «علی الید» استفاده می‌شود که در این‌گونه موارد مشتری ضامن است؛ و در صورت باقی بودن مال، باید آن را به بایع بازگرداند؛ و اگر هم مال تلف شده باشد، لازم است که خسارت مبیع را به بایع بپردازد.

گفتار سوم: شمول روایت نسبت به یدِ مرکّب و منضمّ

اشاره

تردیدی نیست که دلیل ید، شامل «ید مستقل» می‌گردد؛ و اگر شخصی مستقلًا و به تنهایی بر مال غیر تسلط پیدا کند، به طور قطع و یقین ضامن است. امّا سؤال این است که آیا دلیل ید، شامل ید مرکّب نیز می‌شود؟ اگر دو یا چند نفر
قاعده ضمان ید، ص: ۱۱۶
به‌صورت مشترک بر مال غیر «ید» پیدا کنند، آیا این حدیث شامل آن می‌شود؟
همچنین آیا حـدیث «علی الیـد» شامل ید منضمّ نیز می‌شود؟ یعنی در حالی که مالک بر مال خود «ید» دارد، شـخص دیگری هم بر آن «ید» پیدا کند؛ به عنوان مثال، زمانی که مالک در خانه خود سکونت دارد، غاصبی نیز قهراً در آن خانه سکونت گزیند.

۱- دیدگاه محقّق حلّی رحمه الله

مرحوم محقّق حلّی قدس سره در کتاب الغصب، فرعی را مطرح می‌کنند که:
«فلو سـکن الـدار مع مالکها قهراً، لم‌یضـمن الأصل، وقال الشـیخ رحمه الله یضـمن النصف؛ وفیه تردّد، منشأه عدم الاسـتقلال من دون المالک»[۱۱۷]؛ در صورتی که شـخص غاصب به همراه مالک در منزل ساکن شود، ضامن عین خانه نیست؛ و مرحوم شـیخ طوسـی می‌فرماید که در اینجا غاصب ضامن نصف است؛ در این فتوای شـیخ رحمه الله تردید است؛ چرا که در این مورد، استقلال ید وجود ندارد و ذی‌الید (غاصب) به همراه مالک در خانه تصرّف می‌کند.

صاحب جواهر رحمه الله کلمه‌ی «اصل» موجود در عبارت مرحوم محقّق حلّی را معنا می‌کنـد به این که شـخص غاصب همه خانه را ضامن نیست- «لم یضـمن جمیع الدار»[۱۱۸]-؛ لیکن به نظر می‌رسـد منظـور محقّق حلّی رحمه الله از کلمه‌ی «اصـل»، عین خـانه، در مقابل منفعت آن باشد. در اینجا شخص غاصب از منافع خانه استفاده کرده و بنابراین، ضامن منافع آن است.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۱۷

نتیجه سخن مرحوم محقّق حلّی قدس سره این می‌شود که حدیث «علی الید» فقط شامل ید مستقلّ می‌شود و مانند مورد ذکر شده را شامـل نمی‌شـود. البته این نکته را بایـد تـذکر داد که محقّـق رحمه الله نمی‌خواهـد بگویـد در مواردی که دو یـا چنـد نفر به صورت مشـترک مـالی را تصـرّف کننـد، حـدیث «علی الیـد» شامـل آن‌هـا نمی‌شود، بلکه مـدّعای ایشـان آن است که روایت موردی را در برمی‌گیرد که مالک در آن مورد دخالتی نداشته باشد و ید غاصب، منضمّ به ید مالک نشده باشد.

۲- دیدگاه صاحب جواهر رحمه الله

در مقابـل محقّق حلّی رحمه الله، مرحوم صاحب جواهر قـدس سره بیان می‌کنـد: قبل از محقّق حلّی رحمه الله کسـی را نیافتم که در فتوای شیخ طوسی رحمه الله تردید کرده باشد، تا چه رسد به این که قطع و جزم به عدم داشته باشد.

امّا این که شـیخ طوسـی فتوای به ضـمان نصف داده، منظور این است که اگر این خانه تلف شد و از بین رفت، شـخص غاصب باید نصف قیمت آن را به مالک بپردازد؛ و در این مسأله، اکثر علما و بلکه مشهور فقها از شیخ طوسی رحمه الله تبعیّت کرده‌اند.

مرحوم صـاحب جواهر در ادامه نظر خود را بیـان کرده و می‌گویـد: در ماننـد این مسأله، حـداقل نسـبت به نصف خانه، عرفاً غصـب صدق می‌کند؛ هرچند که مالک در منزل سـکونت دارد؛ و بلکه باید گفت: در صورتی که شـخص غاصب از تمام خانه مثل مالک اسـتفاده می‌کنـد- به عنوان مثـال همـان‌گونه که مالـک به آشپزخـانه می‌رود و غـذا درست می‌کنـد، غـاصب نیز برای طبـخ غـذا از آشپزخانه اسـتفاده می‌کند.- در اینجا غاصب ضامن همه‌ی خانه است و نه نصف آن؛ البته اگر هر کدام از مالک و غاصب از نصف خانه استفاده کنند، ضمان نصف معنا

قاعده ضمان ید، ص: ۱۱۸

دارد و غاصب ضامن همه‌ی خانه نخواهد بود.[۱۱۹]

۳- دیدگاه فاضل مقداد رحمه الله

در برابر نظر محقّق حلّی رحمه الله که اساس ضـمان در این مورد را انکار نمود؛ و مرحوم شیخ طوسی قدس سره که ضمان نسبت به نصف را به صورت مطلق پـذیرفت، و بین این که غـاصب از تمـام خـانه اسـتفاده کنـد و یـا از بعض آن، فرقی نگـذاشت؛ و صاحب جواهر رحمه الله که معتقـد به ضـمان نصف است، مگر در صورتی که غاصب از تمام خانه اسـتفاده کنـد، که در این صورت ضامن تمام آن خواهـد بود؛ مرحوم فاضل مقـداد قدس سره نظر چهارمی را مطرح کرده و می‌گوید: اگر بخواهیم با دقّت بحث کنیم، باید ضمان را به نسبت توزیع کنیم؛ بـدین صورت که اگر خانه یک مالک داشـته باشد، غاصب ضامن نصف آن است؛ و اگر دو مالک باشند، غاصب ضامن یک سوم خانه خواهد بود و به همین صورت مسأله ادامه پیدا می‌کند.

ایشان می‌فرماید:

«والتحقیق یقتضی الضمان علی نسبهٔ ما استولی علیه واستقلّ به،

قاعده ضمان ید، ص: ۱۱۹

إن نصفاً فنصف، وإن ثلثاً فثلث، وإن ربعاً فربع وهكذا»[۱۲۰].

البته هرچند که فاضل مقداد رحمه الله توزیع ضـمان را نسبت به مالک‌های متعدّد قائل شده است، امّا از سخن ایشان استفاده می‌شود که نسبت به تصرّف نیز همین مطلب جریان دارد؛ یعنی اگر کسی به خانه دیگری رفت و یک پنجم آن را بدون اذن مالك تصرف کرد، ضامن این مقـدار از خانه- یعنی یک پنجم- خواهـد بود؛ و یا اگر در یک‌دهم خانه تصـرف کرد، در صورت تلف‌شدن خانه، ضامن یک‌دهم آن‌است.

۴- دیدگاه محقّق مراغی رحمه الله

اشاره

مرحوم صـاحب عناوین قـدس سره بحث شـمول حـدیث «علی الیـد» نسبت به یـد غیرمسـتقل را در طی دو فرض- یـد مرکّب و ید منضمّ- به صورت جداگانه مطرح می‌کند.

فرض اوّل: وی در پاسـخ این سؤال که آیا دلیل یـد، شامل ید مرکّب می‌گردد یا نه؟ می‌گوید: ظاهر این است که حدیث «علی الید» شامل ید مرکّب نیز می‌شود. و توضیح می‌دهند که: اشتراک دو نفر در تسلط بر مال واحد بر دو نوع است؛ نوع اوّل این که هر کدام از دو نفر مستقلًا مسلّط بر نصف باشد؛ مثلًا دو نفر خانه‌ای را تصـرّف کنند و هر کدام در نصف آن دخالت و تصـرّف داشته باشند. در اینجا تردیـدی وجود ندارد که «علی الید» این مورد را می‌گیرد، و هر یک از این دو نفر ضامن نصف آن مال واحد خواهند بود؛ چه آن که هر یک از این دو نفر نسبت به نصف از آن مال بالاسـتقلال ید دارند؛ هر چند که ید آن‌ها نسـبت به مجموع بالاشتراک است.

امّـا مهمّ در مسأله نوع دوّم است؛ ایشان می‌گویـد: نوع دوّم این است که هیـچ کـدام از دو نفر مسـتقلًا بر جزئی از مال استیلا نداشـته باشد، بلکه استیلای هر

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۰

کـدام از آن‌ها مرتبط با دیگری باشد؛ به این معنی که هر کدام از آن‌ها اگر نمی‌بود، برای دیگری اساساً استیلائی وجود نمی‌داشت، نه بر قسـمتی از مال و نه بر کلّ آن. پس، استیلای هر کدام از آن‌ها به انضـمام استیلای دیگری تحقّق می‌یابد. ایشان در مورد حکم مسأله در این نوع نیز می‌گوید: هر کدام از این دو نفر- در صورتی که مال تلف شود- ضامن نصف آن خواهند بود.

اشکال و جواب

مرحوم صاحب عناوین قدس سره می‌نویسد: در شمول دلیل ید نسبت به نوع دوّم، اشکالی به نظر می‌رسد و آن این است که در این فرض، «یـد» هر کـدام از دو نفر عارضـی و غیرمسـتقل است- اگر زیـد نیاید، عمرو نمی‌تواند سـلطه بر مال پیدا کند و بالعکس، اگر عمرو نیایـد، زید نمی‌تواند سـلطنت بر مال داشـته باشد-؛ و آن‌چه اسـتقلال دارد، مجموع مرکّب است و بر یکی از دو ید به تنهایی، استیلا و «اثبات ید» صادق نیست تا حکم به ضمان شود؛ پس، در این صورت چگونه می‌توان حکم به ضمان کرد؟

جواب می‌دهـد که آری، ما نیز قبول داریم که ید هر کدام از این دو نفر بر مال بالاسـتقلال نیست؛ امّا چون ملاک و مدار در تحقّق ضمـان، حصـول استیلاـست؛ بنـابراین، ضـمان بر ذمّه هر کسـی است که بر مـال استیلاـ دارد و در اینجـا بـا توجّه به این که مسـتولی «مجموع مرکّب» است، پس، ضمان بر مجموع مرکّب- ید مرکّب- است و بر اجزای آن تقسیم می‌شود؛ و از انجا که هر کدام از دو ید، قابلیّت قبول ضـمان را دارد و ترجیحی در بین نیست- که یکی ضامن و دیگری ضامن نباشد- پس، ضـمان بر هر دو ید توزیع و

تقسیم می گردد و بنابراین، هر کدام از دو ید ضامن نصف مال می گردد.

بیان ایشان در «العناوین» به این صورت است:

«وهل یعمّ الدلیل الید المرکّبۀ؟ الظاهر ذلک، وبیانه: أنّ اشتراک

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۱

اثنین فی التسلّط علی مالٍ واحد یکون قسمین: أحدهما: أن یکون کلّ منهما مسلّطاً علی النصف مستقلًا به، وذلک هو بحث الإشاعۀ فلکلّ منهما ید بسیطۀ علی النصف؛ وسیأتی تحقیق ذلک فی البحث الآتی فی بیان المأخوذ بالید.

وثانیهما: أن لا یستولی أحد منهما علی جزء من المال بالمرّۀ، بل یکون استیلاء کلّ منهما مرتبطاً بالآخر، بمعنی: أنّ کلًّا منهما لو لم یکن، لم یکن للآخر استیلاء بالمرّۀ، لا علی کلّ ولا علی بعض، فیکون استیلاء کلّ منهما بانضمام الآخر، فیکون المجموع المرکّب مستولیاً علی المجموع المرکّب من دون استیلاء بعض علی بعض، وهذا هو الید المرکّبۀ.

ولا یفترق الحال فی هذه الصورۀ والصورۀ الاولی فی کون کلّ منهما ضامناً للنصف، أمّا فی الاولی فواضح، نظراً إلی صدق عموم دلیل الید وهو الاستیلاء، وهو حاصل لکلّ واحد منهما فی النصف. نعم، الإشکال فی إدخال الثانیۀ تحت الدلیل، نظراً إلی أنّ ید کلّ منهما عارضی خالٍ عن الاستقلال، وإنّما المستقلّ هو المجموع المرکّب، فلا یصدق علی أحد منهما الاستیلاء وإثبات الید حتّی یحکم بالضمان، فإذا لم یدخل شیء منهما تحت الدلیل فکیف یحکم بالضمان؟ والوجه أن یقال: إنّ المدار فی الضمان لمّا کان هو الاستیلاء- کما ذکرنا أنّه الظاهر من النصّ- فیکون الضمان علی کلّ من استولی، وهنا لمّا کان المجموع المرکّب هو المستولی فیکون الضمان علی المجموع المرکّب فینقسم علی أبعاضه، وحیث إنّ کلًّا منهما قابل للضمان ولا ترجیح فیوزّع علیهما، فیصیر کلّ منهما ضامناً للنصف»[۱۲۱].

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۲

نتیجه این که مرحوم صاحب عناوین قدس سره شمول حدیث «علی الید» نسبت به ید مرکّب را ثابت می‌دانند.

اما فرض دوّم: فرض دوّمی که صاحب عناوین رحمه الله مطرح می کند در مورد «ید منضمّ» است که آیا دلیل ید شامل ید منضمّ می‌شود یا نه؟

مراد از «ید منضمّه» یدی است که با «ید مالک» مجتمع می‌شود به همان صورتی که در نقل کلام مرحوم محقّق حلی و دیگران مذکور گشت. صاحب عناوین رحمه الله در شمول دلیل ید بر «ید منضمّه»، عبارت «وفیه إشکال» را آورده است؛ و یک بیان و دلیل برای عدم ضمان و یک دلیل هم برای ضمان ذکر می کنند. ایشان «ید منضمّه» را مانند ید مرکّبه دارای دو صورت می‌دانند؛ یک صورت آن که مالک بر نصف خانه ید دارد و غاصب نیز بر نصف دیگر خانه ید پیدا می کند؛ در این صورت، تردیدی نیست که غاصب نسبت به نصف خانه ضامن است. صورت دوّم ید منضمّه را نیز به این صورت تصویر می کند که ید غاصب با ید مالک مرتبط است؛ به این معنی که اگر مالک از تسلّطش دست بردارد، برای غاصب تسلّطی باقی نمی‌ماند؛ و همچنین اگر غاصب از تسلّطش دست بردارد، برای مالک تسلّطی باقی نمی‌ماند. به عنوان مثال، فرض کنید حاکم ظالمی مال کسی را در اختیار می گیرد لیکن چون آن مال دارای رمز است، بدون وجود مالک نمی‌تواند از آن استفاده کند؛ از دیگر سو، مالک نیز نمی‌تواند به تنهایی از مالش استفاده کند، چرا که حاکم چنین اجازه‌ای به او نمی‌دهد؛ بنابراین، در مقام عمل، توافق می کنند که از آن مال به صورت مشترک استفاده کنند.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۳

صاحب عناوین رحمه الله این فرض را از مشکل‌ترین مسائل ید می‌داند و برای هر یک از ضمان وعدم ضمان، دلیلی را بیان می کند؛

امّا دلیل عدم ضمان در این مورد، این است که: بین «ید منضمّه» و «ید مرکّبه» فرق است؛ در مسأله «ید مرکّب» هرکدام از دو ید، به تنهایی مشمول دلیل ید نیستند، بلکه «مجموع مرکّب»- مجموع من حیث المجموع از آنجا که تسلط بر مال دارد، ضامن و- مشمول دلیل ید است. پس، چون «ید مرکّب»، «ید ضمانی» است؛ بنابراین، به تبع، حکم بر اجزای آن نیز ثابت است؛ لیکن در «ید منضمّه» یک جزء ید ضمانی- ید غاصب- و جزء دیگر غیرضمانی- ید مالک- است؛ و از آنجا که نمی‌توان گفت ید مالک ضامن است، پس نمی‌توان گفت مجموع ضامن است.

و حال که مجموع، عنوان ضمان را ندارد، چنان چه شک کنیم که شخص غاصب ضامن است یا خیر، باید استصحاب عدم ضمان را جاری کنیم.

امّا دلیلی برای ضمان را چنین بیان می‌کنند: ممکن است گفته شود که «ید منضمّه» قسیم «ید مرکّبه» نیست و بلکه از جمله افراد و مصادیق آن است؛ و از آنجا که در ید مرکّب، مجموع مرکّب ضامن است و لازمه ضمان این است که بر اجزایش تقسیم شود، در اینجا نیز مجموع ضامن است؛ منتهی مالک و امثال او ضامن نیستند و این که یک جزء به دلیل خاصّی ضامن نباشد، موجب نمی‌گردد که ضمان از «مرکّب» و مجموع برداشته شود؛ بنابراین، جزء دیگر که ید غاصب است، تحت عموم «علی الید» باقی می‌ماند.

اشکال و جواب

صاحب عناوین رحمه الله در این فرض نیز اشکالی را مطرح کرده و از آن پاسخ می‌دهند؛ ایشان می‌گوید: اگر کسی اشکال کند که ثبوت حکمی بر جزء به تبع ثبوت همان حکم بر کلّ است؛ همان طور که در باب صلاهٔ، وجوی هر یک از اجزا به تبع آن وجوبی است که به کلّ صلاهٔ تعلّق پیدا نموده است، و اگر مرکّب واجب نباشد، نمی‌توان گفت اجزای آن واجب است. در ضمان که یک حکم وضعی است نیز به همین صورت است؛ بنابراین، اگر کلّ ضامن نباشد، جزء نیز ضامن نیست.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۴

در پاسخ می‌گوئیم: در این موارد، باید دو لحاظ صورت گیرد؛ یک لحاظ از جهت مال مضمون است و یک لحاظ نسبت به افراد است. اگر ضمان نسبت به مال مضمون لحاظ شود، به مرکب و مجموع مربوط می‌شود (عامّ مجموعی)؛ امّا اگر نسبت به افراد لحاظ شود، دیگر عنوان مجموعی ندارد و بلکه از قبیل عامّ استغراقی می‌شود و انحلال به افراد پیدا می‌کند و هر کدام از افراد ضامن خواهند بود؛ در اینجا چون دلیل داریم که مالک نمی‌تواند ضامن باشد، از تحت دلیل ید خارج می‌شود، لکن دیگر اجزا در عموم دلیل باقی می‌مانند.

در نهایت، صاحب عناوین رحمه الله بعد از آن که در همین فرض، ضمان را اختیار می‌نماید، می‌نویسد: حق این است که مسأله در نهایت پیچیدگی و اشکال است و باید مورد تأمّل واقع شود تا موضوع روشن گردد؛ و به هر حال، از نظر دلیل ید، فرقی بین ید ابتدایی، ید مترتّبه، ید مستقل، ید مرکّب و ید منضمّ نیست.[۱۲۲]

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۵

اشکالات وارد بر دیدگاه محقّق مراغی رحمه الله

به نظر می‌رسد بر سخنان مرحوم مراغی قدس سره اشکالات متعددی وارد است؛

اوّلین اشکال این است که «مجموع من حیث هو مجموع» وجود خارجی ندارد تا گفته شود ضمان به آن توجّه پیدا می‌کند. مجموع، امری انتزاعی است و غیر از وجود اجزا چیز دیگری نیست؛ امر انتزاعی نیز قابلیّت تعلّق ضمان ندارد و بلکه اشخاص و عهده آنان

است که قـابلیت تعلّق ضـمان دران. در بحث حکم تکلیفی و واجب کفـایی نز برخی از فقهـا گفته‌انـد واجب به مجمـوع من حیث المجموع تعلّق می گیرد؛ و این حرف مورد اشکال تمام بزرگان قرار گرفته است که چیزی به نام مجموع وجود ندارد.

اشـکال دوّم: صاحب عناوین رحمه الله بین یـد مرکّب و یـد منضمّ تفکیک قائل شده‌اند؛ در حالی که اگر ملاک، صدق استیلاست، باید گفت در مواردی که استیلا صدق کند، ضمان وجود دارد و اگر استیلائی نباشد، ضمان هم نیست.

بنابراین، فرقی بین ید مرکّبه و منضمّه نیست و وجهی برای تفکیک در اینجا

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۶

وجود ندارد.

اشـکال سـوم: به عنـوان مقـدّمه بایـد گفت که در مـورد تعریـف غصب میـان فقهـا اختلاـف است؛ مشـهور فقهـا در تعریف غصـب می گویند: «هو الاسـتقلال علی مال الغیر»[۱۲۳]؛ برخی دیگر هم‌چون محقّق بروجردی رحمه الله به جـای «اسـتقلال» به «استیلا» تعبیر کرده و می گویند: «الغصب هو الاستیلاء علی مال الغیر عدواناً»[۱۲۴].

حال، به مرحوم صاحب عناوین قدس سره ایراد گرفته می‌شود که مطالب شما در فرضی است که در تعریف غصب، مسأله استیلا را مطرح کنیـد و بگوییـد هرگاه دو نفر بر مال غیر یـد مرکب داشـتند و مجموعاً استیلا پیدا کنند، ضامن هسـتند؛ امّا اگر کسـی تعریف مشـهور را بگویـد و این که در باب غصب، اسـتقلال بر مال غیر لازم است، نه در یـد مرکّبه و نه در ید منضـمّه، اسـتقلال بر مال غیر وجود نـدارد؛ به همین جهت نیز محقّق حلّی رحمه الله فرمود: اگر کسـی در خـانه دیگری بـا وجود مـالکش قهراً ساکن شود، ضامن نیست؛ زیرا، تصرّف او مستقل از مالک نیست و ید مستقل بر مال ندارد.

نتیجه آن که صـاحب عنـاوین رحمه الله بایـد در اینجا ملاک را مشـخص سازد؛ اگر بگویـد کاری به باب غصب نـداریم و در اینجا فقط می‌خواهیم «علی الید» را معنا کنیم که آیا شامل ید مرکّبه و منضـمّه نیز می‌شود یا نه؟ می گوییم: اوّلًا دلیل «علی الید» خود یکی از ادلّه غصب است؛ و ثانیاً، با قطع نظر از تعریف و حقیقت غصب، اگر از «یـد» استیلا فهمیـده می‌شود، هم در ید مرکّبه و هم در ید منضمّه استیلا صدق می کند؛ پس، چرا میان آن‌ها تفکیک قائل شدید؟

اشکال چهارم: نکته آخر که شاید مهمترین اشکال بر صاحب عناوین رحمه الله

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۷

باشد، این است که اگر در حدیث «علی الید»، «ید» را کنایه از استیلا دانستیم، باید بحث کنیم در چه مواردی استیلا تحقّق دارد و در چه مواردی استیلا وجود نـدارد؛ در هر موردی که استیلا وجود داشت، «علی الیـد» جاری می‌شود و در غیر این صورت، «علی الیـد» جـاری نمی‌شود؛ لیکن این مبنـای مشـهور را مورد مناقشه قرار دادیم و گفتیم در باب مقبوض به سوم، هم فقهای امامیه و هم فقهای اهل‌سنّت به «علی الیـد» اسـتدلال می کننـد و حال آن که در این مورد، استیلایی وجود ندارد؛ از این رو، گفتیم مراد از «ید»، «آخذ» است؛ یعنی کسی که مال را- به هر صورتی- در اختیار گرفته است.

در این صورت، در موردی که اخـذ و تصـرّف صـدق کنـد، ضـمان وجود خواهد داشت. در ید منضـمّه، رکوب بر دابه و جلوس بر فراش برای یک لحظه، چون اخذ و تصرّف وجود دارد- هرچند که عرفاً استیلا وجود نداشته باشد- ضمان نیز تحقّق‌دارد.

بنابراین، ثمره بین مبنای مختار و مبنای مشـهور در یـد منضـمّه به خوبی روشن می‌شود که در این موارد نیز شـخص متصـرّف ضامن است و هیچ تردیدی در آن راه ندارد.

گفتار چهارم: شمول روایت نسبت به ید غیر بالغ قاصد

اشاره

مسأله دیگری که در مورد کلمه «یـد» وجود دارد، این است که آیا دلیل ید، اختصاص به بالغ قاصد مختار دارد؟ و بنابراین، از آنجا که صغیر، مجنون و نائم- در هنگام خواب- قاصد نیستند و قصد از آن‌ها تمشّی نمی‌شود، خارج از «علی الید» هستند.

برخی از بزرگان فقها[۱۲۵] معتقدند که «علی الید» اطلاق داشته و همه انواع «ید»

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۸

را در بر می‌گیرد؛ بنـابراین، اگر کودکی بر مـال غیر دست پیـدا کرد و آن مـال از بین رفت، حکم حـدیث «علی الیـد» که عبارت از ضمـان و اسـتقرار علی العهـده است، در حـق او نیز جـاری می‌شـود؛ و این کودك ضـامن است و بایـد خسـارت مـال را به مـالکش بپردازد.

در مقابل، بعضـی گفته‌انـد که اگر یک فعل اختیاری مانند «ضـرب» به فاعلی اسـناد داده شود، ظهور در این معنا دارد که آن فعل از روی قصـد و اختیـار از فاعـل صـادر شـده است. نتیجه آن که امکان اسـناد افعال اختیاری به صبیّ (کودك)، مجنون (دیوانه) و نائم (شـخص خواب) وجود نـدارد؛ و به همین جهت، در باب حدود و دیات می گویند: «عمد الصبی خطأ»[۱۲۶]، و کاشف است از این که کودک د راعمال خود اصـلًا قصدی ندارد. از این رو، در روایت «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی» نیز که فعل «أخذ» به «ذی الید» اسناد داده می‌شود، منظور از آخذ و ذی‌الید، شخص بالغ، مختار و قاصد است.

در این صورت، اگر کسـی قائل شود که حدیث «علی الید» دلالت بر ضـمان کودك دارد و شامل ید صغیر می‌شود، باید بحث کند که آیا حـدیث رفع- «رفع القلم عن الصبیّ حتّی یحتلم»[۱۲۷]- می‌توانـد مقیّد دلیل ید باشد یا نه؟ چه بسا کسـی بگوید حدیث رفع فقط به احکام تکلیفیه اختصاص دارد و احکام وضعیه را شامل نمی‌شود. لیکن اگر از اوّل گفته شود که «علی الید» دلالتی بر ضمان

قاعده ضمان ید، ص: ۱۲۹

کودك ندارد، دیگر نیازی به بحث از قیدیّت حدیث رفع نیست.

نکته‌ای که بدان باید توجّه نمود، آن است که در میان فقها معروف است که احکام وضعیّه مشروط به بلوغ نیست. در این بحث، در خصوص حکم وضـعی ضـمان، چنـان چه به این نتیجه رسـیدیم که حـدیث علی الیـد شامـل صـغیر نیز می‌شود، به این مطلب منتهی می‌شویم که حکم وضعی ضمان، مشروط به بلوغ نیست.

۱- دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله

اشاره

در میان بزرگان و فقهای امامیه، مرحوم شـیخ اعظم انصاری قدس سـره در کتاب مکاسب[۱۲۸] بیان می‌دارد که اسـتدلال به حدیث «علی الید» بر ضـمان کودک ممیّز و مجنون ممیّز وجیه و پسندیده است و این موارد مشمول دلیل ید هستند؛ و به عبارت دیگر، شیخ رحمه الله ادعا می کند که این روایت اطلاق دارد و تمام قاصدین را شامل می‌شود، بالغ باشند و یا نابالغ.

بنابراین، از آنجا که مبنای شـیخ انصاری رحمه الله در حـدیث «علی الیـد» استیلا است، ایشان اطلاق حدیث را فقط در دایره ممیّزین می‌پذیرنـد، چه آن که مسـتولی کسـی است که به استیلای خود توجّه دارد؛ لکن بر اسـاس مبنـای مختـار که منظور از «یـد» اخـذ و تصرّف اسـت، اطلاـق حـدیث فراتر از دایره‌ی ممیّزیـن است و غیرقاصـدین- کـودک غیرممیّز و شـخص نـائم- نیز در دایره شـمول حدیث «علی الید» قرار می گیرند و آنان نیز ضامن خواهند بود.

اشکال محقّق اصفهانی رحمه الله به دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله

محقّق اصـفهانی رحمه الله در حاشیه مکاسب[۱۲۹] به مرحوم شیـخ انصاری قدس سـره و این که دلیل ید شامل صبیّ و مجنون ممیّز می‌شود، اشکال می‌کنند. قبل از بیان اشکال، تذکر به این مطلب ضروری است که مبنای شیخ انصاری رحمه الله در مورد احکام

قاعده ضمان ید، ص: ۱۳۰

وضعیه این است که احکام وضعیه مجعول مستقل ابتدایی نیستند، بلکه هر حکم وضعی از یک حکم تکلیفی انتزاع می‌شود.

مرحوم اصـفهانی قـدس سره می‌گوید: در مورد دلیل ید- «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی»- دو حالت وجود دارد؛ اوّل آن‌که گفته شود این روایت، حکم وضـعی ضمان را انشاء می‌کند و مرحوم شیخ انصاری قدس سره نیز به کرّات گفته‌اند حکم وضعی ضمان از روایت اسـتفاده می‌شود؛ در این صورت، به ایشـان اشـکال می‌شود که این حرف بـا مبنـای شـما در مورد احکـام وضـعی سازگاری ندارد. در مورد اشـخاص بالغ می‌توان گفت که چون حکم تکلیفی «وجوب الاداء و وجوب الردّ» وجود دارد، حکم وضـعی ضـمان نیز از آن انـتزاع می‌شود؛ لیـک دربـاره‌ی کودکـان که حکم تکلیفی نیست، چگونه حکم وضـعی ضـمان را از این حـدیث اسـتفاده می‌کنید؟

امّا حالت دوّم این است که بگویید حدیث «علی الید» حکم وضعی ضمان را جعل نمی‌کند، بلکه حدیث از یک حکم مجعول به نام ضمـان، که از یـک حکم تکلیفی که دلیـل دیگر بر آن دلاـلت دارد انتزاع شـده است، حکایت و اخبار می‌کنـد؛ در این صورت، با مبنای شما مخالفتی ندارد، امّا دچار اشکالات دیگری است.

اوّل این که مبنای شـما مبنی بر انتزاع احکام وضـعیه از احکام تکلیفیه را قبول نـداریم و این مبنا مردود است؛ و به بیان دیگر، قبلًا در محل خود ثابت نموده‌ایم که انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی غیر معقول است.

و ثانیاً بر فرض آن که این مبنا را مورد پذیرش قرار دهیم و انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی را معقول بدانیم، لیکن قابلیّت تطبیق و جریان در این بحث را ندارد؛ زیرا، احکام انتزاعی از لحاظ قوّه و فعل تابع منشأ انتزاعشان هسـتند؛ به جهت این قاعده که هر چیزی که عنوان بالعرض دارد، باید تابع

قاعده ضمان ید، ص: ۱۳۱

چیزی باشـد که بالـذات است؛ و در صورتی که منشأ انتزاع، امری بالقوّه و تقـدیری باشد، حکمی هم که از آن انتزاع می‌شود، امری بـالقوّه و تقـدیری خواهـد بود. حـال، اشـکال این است که در این بحث، چگونه از یـک حکم تکلیفی تقـدیری، حکم انتزاعی فعلی بدست می‌آورید؟ بدین صورت که حکم تکلیفی وجوب الأداء والردّ مشـروطاً بالبلوغ متوجّه صـغیر است- صـغیر به شـرطی که بالغ باشـد مکلّـف به این حکم است- و از این حکم تکلیفی معلّق و مشـروط، حکم وضـعی ضـمان فعلی را انـتزاع می‌کنیـد که درسـت نیست و محال است.

حکم وضعی انتزاعی تابع منشأ انتزاع آن- حکم تکلیفی- است؛ در این بحث که حکم تکلیفی مشروط و معلّق است، حکمی هم که از آن منتزع می‌شود- ضمان- باید مشروط و معلّق باشد و نه فعلی.

عبارت محقّق اصفهانی رحمه الله چنین است:

«لاـ یـذهب علیـک أنّ مفاد علی الیـد إمّا جعل حکم وضـعی أو الخبر عن جعل حکم وضـعی. فإن کان الأوّل فلا یصـحّ إلّاممّن یری الاسـتقلال بالجعل للوضع حتّی یکون جعلًا للضـمان ابتداءً، وأمّا من یری أنّه منتزع من حکم تکلیفی فلا مناص له من الإلتزام بأنّ مفاد علی الید جعل حکم تکلیفی یسـتتبع الضـمان الوضـعی، وهو هناخلف، لأنّ المفروض عدم ظهوره فی الحکم التکلیفی، وامکان ثبوت مفاده فی حقّ الصـغیر الّذی لا تکلیف علیه، فالالتزام بجعل الحکم الوضـعی إمّا مسـتقلًا أو تبعاً بقوله علیه السـلام «علی الید ...» خلف

على أيّ حـال، لأنّه لا ـ يرى اسـتقلال الوضع، فالالـتزام بـأنّ مفـاده جعـل الوضع ابتـداءً خلف، ولا ـ يرى جعل الحكم التكليفى بالخبر، فالالتزام بالانتزاع من الحكم التكليفى الثابت بالخبر خلف أيضاً.

وإن كان الثانى فالاخبار عن وضع منتزع من التكليف الغير المجعول بهذا الخبر لا مانع منه فى نفسه، إلّاأنّ فيه انتزاع

قاعده ضمان يد، ص: ۱۳۲

الوضع من التكليف غير معقول كما مرّ بيانه فى هـذه التعليقـة مراراً، مضافاً إلى أنّه لو كان معقولًا فى نفسه إلّاأنّ انتزاعه هنا محال، لأنّ الأمر الانتزاعى يتبع منشأ انتزاعه ثبوتاً وعدماً وفعلًا، لمكان تبعيّة ما بالعرض لما بالذات، ولا تكليف للصـغير فعلًا حتّى ينتزع منه ضـمان فعلًا، وفرض خطاب مشـروط بالاضافـة إلى الصـغير إثبات حكم تقديرى له، فيكون الأمر الانتزاعى تقديرياً أيضاً ففعليّة الأمر الانتزاعى وتقديرية منشأه محال»[۱۳۰].

پاسخ امام خمينى قدس سره از اشكال محقّق اصفهانى رحمه الله

مرحوم امام قبل از آن كه پاسـخ اشـكال محقّق اصـفهانى رحمه الله را بدهنـد، مطلبى را به صورت كلّى بيان مى‌كنند مبنى بر اين كه اگر از ظـاهر روايتى اطلاـق اسـتفاده شود- مثل اين مورد كه گفته مى‌شود «يـد» اطلاق دارد و هم يـد بالغ و هم يـد غيربالغ را شامل مى‌شود- امّـا بـا يك اشـكال و محـذور عقلى مواجه باشـد، در صورتى كه به هيـچ طريقى نتوان بين اطلاق روايت (ظاهر) و اشـكال عقلى جمع كرد، بايـد آن را كنـار گـذاشت؛ ليكن در صورتى كه بشود ظاهر را با توجيهات- هرچنـد توجيهات بعيـده- حفظ كرد، لازم است كه چنين شود.

اين مطلب يكى از امور بسـيار مهمّ در بـاب اجتهـاد است كه چنـان چه يـك دليل نقلى كه حجيّت آن ثابت است با يك دليل عقلى معارض شود، لازم است هر انـدازه كه بتوانيم آن دليل نقلى را توجيه كرده و محـذور عقلى را دفع نماييم؛ و نمى‌توان گفت از آنجا كه اين توجيهات بعيد و متضمّن تكلّف است، بايد از آن دليل دست برداشت.

ايشان پس از بيان اين مطلب مى‌فرمايند: در ذهن مرحوم شيخ انصارى قدس سره يك محذور عقلى وجود دارد و آن اين كه حكم وضعى عقلًا قابليّت جعل

قاعده ضمان يد، ص: ۱۳۳

استقلالى ابتـدايى نـدارد و به يك حكم تكليفى نياز دارد. در اين صورت، دچار اشـكال مى‌شود كه بايـد براى حفظ ظاهر و اطلاق روايت اين اشكال عقلى را دفع نمود. سپس پاسخ اشكال مرحوم اصفهانى را روى هر دو فرض بيان مى‌نمايند.

امّـا جوابى كه ايشـان بر اسـاس فرض اوّل محقّق اصـفهانى رحمه الله بيـان مى‌كننـد، اين است كه اگر گفته شود حـديث «على اليـد» دلالت بر جعل حكم وضـعى مسـتقلًا دارد، مى‌گوئيم حكم عقل در اينجا قرينه مى‌شود كه جعل ضمان (انشاى حكم) به داعى جدّى نيست، بلكه يـك حكم وضـعى صورى بوده و به اين انگيزه است كه مخـاطب به سوى حكم تكليفى ارشـاد و راهنمـايى شود، و در حقيقت ارشـاد به آن است كه دايره تكليف توسـعه و عموميّت داشـته و اختصاص به گروه خاصـى نـدارد؛ كه از اين حكم تكليفى، حكم وضـعى انتزاع مى‌شود. نتيجه آن كه، اطلاـق حـديث دليـل بر آن است كه يـك حكم تكليفى كه مطـابق بـا اين حكم وضـعى صورى است، وجود دارد؛ كه همان منشأ انتزاع حكم وضعى واقعى مطابق با اين انشاء ظاهرى است.

مرحوم امام قـدس سـره در مورد اين جواب مى‌گويند كه هرچند اين مطلب شبيه اكل از قفاست، و خيلى دور از ذهن است؛ چرا كه در اين فرض حكم وضـعى صورى ارشـاد به يـك حكم تكليفى است كه از آن حكم وضـعى واقعى را انتزاع مى‌كنيم، در حالى كه مى‌تـوان از ابتـدا و بـدون آن كه مرتكب چنين تكلّفى شويم، حكم وضـعى را اسـتفاده نمـاييم؛ ليكن براى اخـذ و تمسـك به ظـاهر

روایت باید همین توجیه را ذکر نماییم.

در مورد فرض دوّم نیز گفته می‌شود «علی الید» اخبار از جعل سابق است، بهترین پاسخ، این است که بگوییم مبنای مرحوم شیخ انصاری قدس سره مبنی بر این که حکم وضعی باید از حکم تکلیفی انتزاع شود، صحیح نیست؛ امّا اگر بنا بر

قاعده ضمان ید، ص: ۱۳۴

صحت این مبنا گذاشته شود، دیگر اشکال محقّق اصفهانی رحمه الله مبنی بر آن که این مبنای مرحوم شیخ قدس سره در اینجا قابلیت جریان ندارد، وارد نیست و صحیح نمی‌باشد؛ زیرا، در مورد صغیر آن چیزی که وجود دارد این است که صغیر تکلیف منجّز فعلی ندارد، امّا آیا تکلیف به صورت واجب معلّق در حق او جریان ندارد؟ یعنی به این صورت که وجوب در مورد او فعلی است، امّا خود واجب در آینده می‌آید. به عبارت دیگر، آن چه در مورد صغیر صحیح نیست، آن است که برای او تکلیف فعلی منجّز را قائل شویم؛ اما اگر تکلیف فعلی معلّق را قائل شویم، دیگر محذوری ندارد.

مرحوم امام قدس سره در ادامه بیان می‌کند که بر اساس مبنای شیخ انصاری رحمه الله در رجوع قید به ماده و نه هیئت، این مسأله روشن‌تر می‌شود که طبق این مبنا مسأله به نحو واجب معلّق می‌شود؛ و به عبارت دیگر، در قضایای شرطیه، طبق نظر مشهور، چنان چه شرط به هیئت رجوع نماید، وجوب و تکلیف مشروط می‌شود؛ اما طبق مبنای شیخ انصاری رحمه الله که شرط به مادّه رجوع می‌کند، نتیجه، همان واجب معلّق می‌شود.

در انتها نیز می‌فرماید: در یک صورت این اشکال قابل دفع نیست، و آن هنگامی است که شخص مجنون قبل از افاقه و کودک قبل از رسیدن به سن بلوغ از دنیا بروند؛ در این موارد چگونه می‌توان گفت کودکی که قبل از رسیدن به سن بلوغ مرده، تکلیف فعلی داشته است؟

البته این اشکال را بر اساس مبنای «خطابات قانونیه»[۱۳۱] می‌توان پاسخ داد. خطاب قانونی در مقابل خطاب شخصی قرار می‌گیرد؛ بدین صورت که شارع مقدّس در خطاب قانونی، افراد و خصوصیات آن‌ها را مدّ نظر قرار نمی‌دهد؛

قاعده ضمان ید، ص: ۱۳۵

کاری ندارد که شخص مورد خطاب، بالغ است یا صغیر، مجنون است یا عاقل، مضطرّ است یا مختار و ...؛ بلکه شارع مقدّس به عنوان مثال می‌فرماید: «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ ...»[۱۳۲] و این تکلیف را به عنوان یک قانون کلّی در شریعت خود بیان می‌فرماید؛ حال، در مورد کودک، صغارت سن، برای او عذر می‌شود که تکلیف فوق از گردنش ساقط شود. در این بحث نیز گفته می‌شود که کودک چون صغیر است، نسبت به حکم تکلیفی عذر دارد، ولی حکم ضمان به نحو فعلی در مورد او محقّق است.

بنابراین، مرحوم امام خمینی قدس سره با بیان توجیهات فوق به این نتیجه می‌رسند که حدیث «علی الید» اطلاق داشته و شامل ید صغیر و مجنون نیز می‌شود.

عبارت مرحوم امام قدس سره در «کتاب البیع» چنین است:

«أقول: بعد فرض ظهور «علی الید ...» فی الوضع، وإطلاقه الشامل لید الصغیر والمجنون المميّزين، لا يجوز رفع اليد عنه إلّا بدليل، والمدّعی فی المقام هو قيام الدليل العقلی علی خلافه، فلو أمكن التوجيه بما يدفع به الدليل العقلی بأىّ وجهٍ ممكن لا يجوز رفع اليد عن الحجّة. ولو كان الدفع بعيداً عن الأذهان، بنحوٍ لا يصحّ الالتزام به فی مقام الإثبات والإستظهار من الأدلّة.

وفی المقام يمكن دفعه علی التقديرين: أمّا علی فرض أنّ «علی اليد ...» إنشاء لا إخبار، فلإمكان أن يقال:

إنّه ظاهر فی جعل الحكم الوضعی، لكنّ العقل يدفع هذا الظهور؛ لامتناع جعل الوضع ابتداءً علی الفرض، فيصير حكم العقل قرينة علی انشاء الوضع- بلا جدّ وجعل الواقعی- بداعی الإرشاد إلی الحكم التكليفی الّذی هو منشأ لانتزاع الوضع لدی العقلاء.

وإنّما انشیء بصورة الوضع؛ للإرشاد إلی مقدار سعة التكليف

قاعده ضمان ید، ص: ۱۳۶

الّذی هو منشأ انتزاع الوضع واقعاً، فإطلاقه دلیل علی ثبوت حکم تکلیفی یطابق هـذا الإنشاء الصوری الإرشادی، ویکون منشأ لانتزاع وضع واقعی مطابق للإنشاء المذکور.

وما ذکر وإن کان بعیداً عن الأذهان، بل شبیهاً بالأکل من القفا، لکنّه کاف فی إمکان الأخذ بالظهور، ومعه یجب الأخذ به.

وأمّا تصویر توجیه التکلیف إلی الصغیر والمجنون، فیأتی فی الفرض الثانی، وهو کون «علی الید» إخباراً عن جعل سابق.

فبعد فرض صحّة المبنی، لا ـ یرد علیه ماذکره المستشکل؛ لإمکان أن یقال: إنّ الصغیر والمجنون قابلان لتوجّه التکلیف المعلّق علی زمان البلوغ والإفاقة إلیهما، ولا دلیل علی بطلانه والإجماع لم یثبت بهـذا النحو؛ لأنّ المتیقّن منه التکلیف بالأداء فی الحال، وحدیث رفع القلم لو فرض التعمیم للتکلیف، لعلّه ظاهر فی المنجّز لاالمعلّق.

فیمکن أن یقال: إنّ الصغیر والمجنون الممیّزین مکلّفان بأداء الغرامهٔ علی نحو الواجب المعلّق، سیّما علی مسلک الشیخ قدس سره؛ من رجوع القیود فی الواجب المشروط إلی المادّهٔ، فلا یصحّ علی مذهبه اشتراط التکلیف بالبلوغ والإفاقهٔ، فلابدّ من أخذ القید إمّا قیداً للمکلّف به، أو قیداً وعنواناً للمکلّف، وفی المقام بعد قیام الحجّهٔ علی ضمان الصغیر الممیّز، یتعیّن الأوّل.

وبالجملهٔ: المقصود دفع الإشکال العقلی عن ظاهر الحجّهٔ؛ لعدم جواز رفضه بمجرّد إشکال قابل للدفع ولو بتکلّف.

نعم، یبقی الإشکال فی المجنون الّذی لا یفیق، والصغیر الّذی یموت قبل بلوغه. ویمکن دفع الإشکال بوجه یعمّ الموارد، وهو الالتزام بالتکلیف الفعلی القانونی علی الناس جمیعاً، وجعل الجنون والصغر من قبیل الأعذار العقلیّهٔ الّتی التزمنا ببقاء فعلیّهٔ التکلیف معها، فلا مانع من تعلّق الوضع حتّی مع العذر عن التکلیف.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۳۷

لکنّ الإنصاف: أنّ تلک التکلّفات لأجل مبنی غیر وجیه، فی غیر محلّها»[۱۳۳].

اشکالات سخن امام خمینی رحمه الله

در مورد پاسخی که مرحوم امام قدس سره نسبت به اشکال‌های محقّق اصفهانی رحمه الله بیان کردند، مطالبی قابل ملاحظه است.

اوّل: این مطلب مورد قبول است که بـا وجود دلیـل عقلی لازم است در ظاهر دلیل نقلی تصـرف نماییم، لکن نمی‌توانیم بپـذیریم که همین دلیـل عقلی، توجیه روشـنی را برای ظـاهر دلیل نقلی بیان نمایـد، بلکه برای توجیه نیازمنـد قرینه دیگری هستیم و در این بحث حضرت امام قدس سره قرینه روشنی بر ضمان صوری ذکر نفرمودند؛

دوّم آن که اگر مبنای ایشان پـذیرفته شود، در بسیاری از موارد، مسیر فتوا و نتیجه‌ای که فقها از روایات می‌گیرنـد، عوض می‌شود؛ در حـالی که به نظر می‌رسـد در چنین مـواردی، لازم است که توجیهـات به گـونه‌ای باشـند که در نزد عرف مورد قبول باشـند و با تکلّفـات بعیـده و مطـالبی که فقـط اهل فقه و کسانی که با اصـطلاحات علمی آن آشـنا هسـتند، نمی‌توان دلیل نقلی مخالف با دلیل عقلی را حفظ کرد.

اشـکال سوم اینکه واجب معلق در صورتی که امکان آن را بپـذیریم، اما در مقام اثبات نیازمند به دلیل است و در این بحث دلیلی بر آن در مقام اثبات وجود ندارد.

اشـکال چهـارم که خود ایشان نیز متوجّه آن هسـتند، این است که توجیهات مرحوم امام قـدس سـره در صورتی معنا دارد و صـحیح است که کودک بالغ شود؛

قاعده ضمان ید، ص: ۱۳۸

بنابراین، اگر کودکی که بر مال غیر تسلّط پیدا کرده است، قبل از رسیدن به سنّ بلوغ بمیرد، نمی‌توان مسأله را از راه واجب معلّق درست کرد؛ زیرا، مردن کودک، کاشف از این است که وجوبی در حق او محقّق نبوده است. و به همین دلیل است که ایشان برای حلّ اشکال از راه خطابات قانونیّه وارد شدند. امّا همان‌گونه که در بحث اصول فقه نیز بیان داشته‌ایم، به نظر می‌رسد که این مبنا صحیح نبوده و مورد قبول ما نیست؛ گرچه بزرگانی از تلامذه ایشان، هم‌چون والد محقّق و فقیه ما این نظریّه را پذیرفته و در مباحث فقهی بسیاری آن را جاری ساخته‌اند.

مرحوم امام قدس سره در انتها فرمودند: این نظریّه که احکام وضعیّه لازم است از احکام تکلیفیّه انتزاع شود، مطلب غیر صحیحی است،- و به نظر ما نیز حق با ایشان است-؛ لیکن نکته قابل توجّه آن است که این اشکال در صورتی مجال دارد که ضمان را یک حکم وضعی بدانیم؛ اما طبق تفسیری که ما برای ضمان بیان نمودیم مبنی بر این که ضمان عبارت است از استقرار در عهده که یک عنوان عامی است و حکم تکلیفی و وضعی از آثار مترتّب بر آن است، مجالی برای این اشکال باقی نخواهد ماند. فتدبّر.

توجیه دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله

ممکن است که به نوعی بتوان از مرحوم شیخ اعظم قدس سره دفاع کرد؛ به این صورت که می‌توان گفت: هرچند در باب تکالیف، بلوغ از شرائط دانسته شده است؛ لیکن همین قاعده اشتراط تکالیف به بلوغ قابلیّت تخصیص دارد. گرچه این مطلب بر خلاف ظاهر کلمات قوم است، اما بر اساس «ما من عامّ إلّاوقد خصّ» می‌توان گفت این قاعده، قابلیّت تخصیص دارد؛ و چنان چه دلیلی برای تخصیص وجود داشته باشد، باید به آن اخذ کنیم. در این بحث، می‌توان گفت:

قاعده ضمان ید، ص: ۱۳۹

شارع مقدّس بر طبق اطلاق حدیث «علی الید»، تکالیفی را بر عهده صبیّ ممیّز نیز قرار داده است. نتیجه آن که، اگر صبیّ ممیّز «ید» پیدا کند، حکم تکلیفی و وضعی هر دو بر آن مترتّب می‌شود؛ همان طور که در مستقلّات عقلیّه مانند «الظلم حرام» می‌توان گفت این احکام اختصاصی به بالغین ندارد؛ و اگر عقل در چنین مواردی، حکم را شامل بچّه ممیّز بداند، شارع نیز باید همین رأی را داشته باشد. و اساساً یکی از فرق‌های مهمّ بین حکم عقل و بنای عقلا در این است که در مورد دوّم، شارع می‌تواند مخالفت نماید، اما در مورد اوّل- یعنی حکم عقل- شارع به هیچ وجه نمی‌تواند با آن مخالفت کند. بنابراین، می‌توان گفت: به مقتضای علی الید، شارع حکم تکلیفی را نیز برای صبیّ ممیّز قرار داده است.

اگر کسی اشکال کند که حدیث «رفع القلم عن الصبیّ حتّی یحتلم» می‌تواند این حکم را بردارد؟ در پاسخ به او خواهیم گفت: اینک بحث ما در این است که آیا حدیث «علی الید» به خودی خود و با قطع نظر از هر دلیل دیگری، صلاحیّت شمول نسبت به صبیّ ممیّز را دارد یا خیر؟ و بعد از آن که شمول حدیث نسبت به این مورد روشن شد، آنگاه باید مفاد حدیث رفع را کاملًا بررسی نماییم و ببینیم که آیا با این اطلاق مخالفت دارد یا خیر؟ در جواب این پرسش نیز می‌توان گفت: حدیث رفع نیز قابلیّت تخصیص دارد، و این گونه نیست که به صورت واضح بگوییم با حدیث رفع باید همه ادلّه، حتی حدیث علی الید را تقیید بزنیم؛ و چه بسا، ظهور «علی الید» اقوای از حدیث رفع باشد.

نتیجه آن که بر اساس این مطالب، می‌توان از جانب شیخ انصاری رحمه الله این حرف را زد که در کودک ممیّز حکم وضعی ضمان وجود دارد؛ چرا که در این گونه موارد، کودک دارای حکم تکلیفی است و حکم وضعی از این حکم تکلیفی انتزاع می‌شود.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۴۰

۲- دیدگاه محقّق خوئی رحمه الله

اشاره

مرحوم آقای خوئی قدس سره در این زمینه بیان می‌فرماید: از ادلّه وارده در باب این که قصد کودک تا هنگامی که بالغ نشده، لغو است و افعال عمدی کودک را نازل منزله خطا می‌داند- «عمد الصبی خطأ»، «رفع القلم عن الصبی حتّی یحتلم»- استفاده نمی‌شود که کودک در صورت اتلاف مال غیر ضامن نیست؛ چرا که این ادلّه شامل افعالی می‌شود که موضوع احکام شرعی قرار نمی‌گیرند مگر آن که از روی قصد و اختیار انجام بگیرد؛ در حالی که بعضی از افعال هستند که به خودی خود، موضوع احکام شرعی قرار می‌گیرند، بدون آن که قصد و عمد در آن‌ها لحاظ شده باشد؛ مانند احداث ناقض وضو و طهارت که هرچند از روی جهالت و بدون اختیار حادث شوند، باز ناقض طهارت خواهند بود. و تردیدی نیست که اتلاف مال غیر از این قبیل بوده و موجب ضمان است، هر چند در حال غفلت و یا از روی جهل صادر شده باشد، و یا حتی بدون اراده واختیار باشد؛ دلیل این مطلب نیز آن است که در قاعده اتلاف غیر از عنوان اتلاف چیز دیگری به عنوان موضوع قرار داده نشده، و مجرّد این عنوان و تحقّق آن موجب ضمان است.

سپس فرموده‌اند: از آنجا که حدیث رفع در مقام برداشتن احکام الزامی است، می‌توان گفت بچّه تا هنگامی که بچّه است، احکام الزامی متوجّه او نمی‌شود؛ اما این مطلب منافاتی ندارد با این که سبب احکام الزامیه در همان زمان بچّگی محقّق شده باشد. بنابراین، چنان چه صبی در زمان کودکی‌اش مال مردم را تلف کند، سبب ضمان محقّق می‌شود، اما حکم الزامی خروج از عهده بعد از بلوغ متوجّه او می‌شود؛ و یا اگر در کودکی جنابت برای او حاصل شود، حکم وجوب اغتسال بعد از بلوغ متوجّه او خواهد شد.

بنابراین، تردیدی وجود ندارد که حدیث «علی الید»- علی الید ما أخذت

حتّی تؤدّی- شامل ید صبی ممیّز نیز می‌شود؛ و کودک ممیّز در صورت تسلط بر مال غیر و تلف یا اتلاف آن، به مقتضای این حدیث ضامن است.

بیان مرحوم آقای خوئی قدس سره طبق آن چه که در تقریرات ایشان آمده، چنین است:

«قد یتوهّم عدم الضمان لأنّ عمد الصبی خطأ، ولأنّ قلم التکلیف قد ارتفع عنه حتّی یحتلم، ولکن هذا التوهّم فاسد، إذ لا شهادهٔ فی شیء من الوجهین المزبورین علی عدم الضمان: أمّا الأوّل، فلأنّ الظاهر أنّ تنزیل عمد الصبی منزلهٔ خطأه إنّما هو فی الأفعال الّتی لاتکون موضوعاً للأحکام الشّرعیهٔ إلّاإذا صدرت من الفاعل بالإرادهٔ والاختیار ومع القصد والعمد، لا فی الأفعال الّتی هی بنفسها موضوع للأحکام الشرعیهٔ من غیر أن یعتبر فیها القصد والعمد کالجنابهٔ، فإنّها توجب الغسل وإن تحقّقت حال النوم، وکمباشرهٔ النجاسات فإنّها توجب نجاسهٔ البدن وإن کانت المباشرهٔ بغیر التفات إلی النجاسهٔ، وکالأحداث الناقضهٔ للطهارهٔ وإن صدرت جهلًا أو غفلهٔ أو بغیر اختیار، فإنّ شیئاً من تلک الامور لا یتوقّف تأثیرها علی صدورها بالارادهٔ والاختیار.

ولا ریب فی أنّ اتلاف مال الغیر من القبیل الثانی فإنّه یوجب الضمان وإن صدر حال الغفلهٔ والجهل وبدون الإرادهٔ والاختیار، ضرورهٔ أنّه لم یؤخذ فی قاعدهٔ من أتلف عنوان آخر غیر صدق الاتلاف ...

أمّا الوجه الثانی: فقد عرفت آنفاً أنّ المراد من دلیل رفع القلم عن الصبیّ إنّما هو رفع الأحکام الالزامیهٔ عنه منذ نعومهٔ أظفاره إلی حدّ بلوغه، وهذا لا ینافی توجّه تلک الأحکام الالزامیّهٔ علیه بعد بلوغه.

والسرّ فی ذلک أنّ دلیل رفع القلم والتکلیف قد تعلّق بالصبیّ فیدور مدار صبوته، وعلی هذا الضوء فاتلاف الصبی مال غیره

قاعده ضمان ید، ص: ۱۴۲

سبب للضـمان جزمـاً ولكنّه لا يسـتتبع الحكم الالزامى إلّابعـد بلوغه وإذا بلغ توجّه عليه التكليف ووجب عليه الخروج عن عهـدته، لأنّه وقتئذ يصدق عليه أنّه أتلف مال غيره كما يتوجّه عليه عندئذٍ وجوب الاغتسال مع تحقّق الجنابة منه قبل البلوغ»[۱۳۴].

اشکالات وارد بر دیدگاه محقّق خوئی رحمه الله

در مورد وجه اوّل از کلام ایشان بایـد گفت: اولًا چنین تعابیری که نفی قصـد و عمد از صبی می‌کند، مربوط به باب جنایات است و در ابواب دیگر جاری نمی‌شود؛ و به عنوان مثال، نمی‌توان در باب اقامه و قصد عشرهٔ ایام نیز بگوییم قصد صبی اعتباری ندارد، بلکه صبیّ ممیّز می‌توانـد قصد ده روز را داشـته باشد؛ و یا در باب تقلید، بچّه ممیّز می‌تواند بر طبق یک فتوا عمل کرده و یا التزام به یک فتوا داشته باشد.

ثانیـاً در پـاره‌ای از موضوعـات، خود آن‌هـا موضوع برای احکـام هسـتند، و قصـد و اختیار در آن دخالت نـدارد. از ادلّه آن‌ها چنین اسـتفاده می‌شود وگرنه، خود این عناوین نسـبت به قصـد و عـدم قصـد اطلاق و عمومیّت دارند. به عنوان مثال، شارع می‌توانست در باب نجاست و یا جنابت، قصد و عمد را لحاظ نماید؛ اما با قراینی که وجود دارد، اسـتفاده می‌شود که در تحقّق این عناوین، قصد و عمد دخالت ندارد.

بنـابراین، لازم است در عبارت «عمـد الصبیّ خطأ» بایـد بررسـی نماییم که چگونه اسـتفاده می‌شود این تنزیل در افعالی است که در تحقّق آن‌ها قصد و عمد معتبر است؟. زیرا، ممکن است گفته شود این تنزیل در مواردی است که برای هر یک از عمد و خطا حکم جداگانه‌ای باشد؛ به این معنا که عمد دارای

قاعده ضمان ید، ص: ۱۴۳

یک حکم و خطا دارای حکم دیگری است، همان طور که در باب قتل خطایی، حکم آن است که عاقله بایـد دیه مقتول را بپردازد. لـذا، نمی‌توان گفت عبارت «عمـد الصبیّ خطأ» در مقام این است که بگویـد فقط حکم عمد در افعال عمدی کودک جریان ندارد؛ بلکه در مقام این است که بگوید حکم خطا در سایر موارد بر افعال عمدی کودک جریان دارد.

نسبت به وجه دوّم کلام ایشان نیز باید گفت: تفکیک بین سـبب و مسبب بر خلاف ظاهر ادلّه است؛ و ما نمی‌توانیم بپذیریم که در زمان کودکی شـخص، سـبب ضمان محقّق شده است، اما لزوم خروج از عهده بعد از بلوغ متوجّه او خواهد شد؛ اگر هم بخواهیم به ظـاهر حـدیث رفع اسـتناد کنیم و آن را بر سـایر ادلّه مقـدّم گردانیم، بایـد بگوییم نسبت به صبیّ، اتلاف، جنابت و امثال این‌ها هیچ گونه سببیّتی ندارد و شارع مقدّس از اساس، سببیّت این امور را برای صبیّ الغا نموده است.

نتیجه گفتار چهارم

از تمـام مطـالبی که در این قسـمت بیـان کردیم، نتیجه می‌گیریم که بـدون شـک و تردیـد، حـدیث «علی الیـد» شامل صبیّ ممیّز نیز می‌شود؛ و اگر کودک ممیّزی بر مال غیر، عدوانـاً، ید پیدا کند، به مقتضای این حدیث ضامن است؛ و حتی حکم تکلیفی وجوب ادا و خروج از عهده نیز شامل او می‌شود. واللَّه العالم.

گفتار پنجم: شمول روایت نسبت به ید غیر ابتدایی

اشاره

یکی دیگر از مطالب مهمّ در مورد حدیث «علی الید»، این است که تردیدی وجود ندارد کلمه «ید» در این حدیث شامل ید ابتدایی- این که شخص از همان ابتدا بر مال ید پیدا کند- می‌شود، امّا سؤال این است که آیا حدیث اطلاق

قاعده ضمان ید، ص: ۱۴۴

داشته و شامل ید غیرابتدایی- که فقها گاه از آن به ید مترتّبه و ید متعاقبه نیز یاد می‌کنند- می‌شود؟

به عبارت دیگر، اگر کسی بر مال غیر ید پیدا کند و شخص دومی بیاید این مال را از او بگیرد- حال یا به قهر و غلبه و یا به رضایت نفر اوّل- و همین‌طور نفرات بعدی بیایند و بر این مال ید پیدا کنند، آیا حکم حدیث «علی الید» که همانا ضمان و یا حکم تکلیفی است، شامل این افراد نیز می‌شود؟

برای روشن شدن مطلب و رسیدن به پاسخ سؤال، لازم است این نکته بیان شود که ید پیدا کردن بر مال غیر چند صورت دارد:

صورت اوّل این است که یک نفر بر اموال متعدّدی ید پیدا کند (ید واحده بر اموال متعدّده)؛ در مورد حکم این صورت، باید گفت که بدون تردید حدیث «علی الید» این مورد را در بر می‌گیرد.

صورت دوّم آن است که چند نفر بطور جداگانه بر اموال متعدّد ید پیدا کنند (ایدی متعدّده بر اموال متعدّده)؛ این مورد نیز بدون شکّ مشمول حکم دلیل ید می‌شود و هریک از این افراد ضامن مالی که بر آن ید پیدا کرده‌اند، هستند.

صورت سوم که مورد این بحث است، این که چند نفر متعاقباً و در زمان‌های مختلف بر یک مال تسلط پیدا کنند (ایدی متعدّده بر مال واحد)؛ آیا این مورد نیز تحت حکم «علی الید» قرار می‌گیرد؟

به حسب ظاهر، «ید» اطلاق دارد و فرقی نمی‌کند که ید واحد باشد و یا متعدد. اگر از حدیث «علی الید» فقط حکم تکلیفی را استفاده کنیم، با هیچ اشکالی مواجه نخواهیم شد؛ در این صورت، بر هر کدام از این افراد ردّ مال واجب است. انّما الکلام در جایی است که از حدیث حکم وضعی ضمان را استفاده کنیم؛ چرا که در این صورت تمام این افراد ضامن آن مال خواهند بود و در صورت تلف شدن، بر عهده همه آن‌ها مثل و یا قیمت آن مال می‌آید.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۴۵

احتمالات موجود در ضمان ایدی متعاقبه

در این صورت که ایدی متعدده بر مال واحد تعلّق پیدا می‌کند، نسبت به ضامن چند احتمال وجود دارد؛

احتمال اوّل: یک احتمال این است که گفته شود این از خوش اقبالی مالک است که چندین ید بر مال او قررا گرفته است و همه آن‌ها باید مثل و یا قیمت مالش را بپردازند. این مطلب از نظر عقل نیز محال نمی‌نماید و شارع مقدّس از باب عقوبت غاصبین می‌تواند بگوید همه کسانی که بر مال غیر ید پیدا کرده‌اند، ضامن هستند و باید به مالک خسارت بدهند.

اشکال احتمال اوّل: اشکال این احتمال آن است که گرچه این مطلب محال عقلی نبوده و از نظر عقل انسان، اشکالی به آن وارد نیست؛ امّا با ضرورت فقه مخالفت دارد؛ ضرورت فقه- چه خاصّه و چه عامّه- بر این مسأله قرار گرفته است که مال واحد بیشتر از یک تدارک و خسارت ندارد؛ اشکال دیگری که می‌توان بیان داشت این است که این احتمال مخالف با اجماع علماست.

بنابراین، احتمال اوّل مردود است.

احتمال دوّم: این که گفته شود یک نفر معین از میان آن افراد ضامن است و باید خسارت را به مالک بپردازد.

اشکال احتمال دوّم: این احتمال نیز مردود است؛ و اشکالش این است که در این صورت، ترجیح بلا مرجّح لازم می‌آید که امری

قبیح است.

احتمال سوم: احتمال دیگر آن است که گفته شود یک نفر غیرمعیّن ضامن مال است.

اشکال احتمال سوم: این احتمال نیز دچار اشکال بوده و باطل است؛ بدین بیان که در اینجا سؤال می‌شود آن یک نفر را چه کسی معیّن می‌کند؟ اگر اختیار به دست خود مالک باشد، بر خلاف ظاهر حدیث خواهد بود؛ زیرا، روایت

قاعده ضمان ید، ص: ۱۴۶

می‌گوید «علی الید ما أخذت ...»، هر کسی که بر مال غیر ید پیدا کرد، باید خسارت بدهد و نمی‌گوید که در تعیین ضامن، مالک دارای حق است و اختیار مالک در آن دخالت دارد.

احتمال چهارم: احتمال چهارم نیز آن است که گفته شود چون ایدی متعدّده است، ید هر کدام از این افراد با دیگری تعارض می‌کند و همه ساقط می‌شوند؛ بنابراین، در مثل این مورد اصلًا ضمانی وجود ندارد.

اشکال احتمال چهارم: بطلان این احتمال نیز روشن است؛ چه آن که در این صورت لازم می‌آید که مال مالک بدون عوض و بدون تدارک باقی بماند و این ظلم در حق مالک است که امری قبیح است.

احتمال پنجم: پس از آن که یکایک احتمالات فوق کنار رفت، نوبت به احتمال پنجم می‌رسد و آن این که گفته شود همه این افراد ضامن خواهند بود و بین هیچ کدام فرقی نیست؛ همه در اصل ضمان واحد و مشترک هستند.

بنابراین، گفته می‌شود که حدیث «علی الید» اطلاق داشته، هم ید ابتدایی و هم ایدی متعاقبه را در بر می‌گیرد.

اشکال احتمال پنجم: در مورد این احتمال، سه اشکال وجود دارد؛ اشکال اوّل این سؤال مطرح می‌شود که با غایت موجود در روایت- حتّی تؤدّی- چه باید کرد؟ غایت در این دلیل می‌گوید اگر خسارت مال ادا شد، ضمان از بین می‌رود؛ به عنوان مثال، در صورتی که مالک به نفر اوّل رجوع کند و او نیز خسارت مال- مثل و یا قیمت آن- را بپردازد، بر طبق غایت، ضمان از بین می‌رود؛ در حالی که طبق این احتمال گفته می‌شود ذمّه نفرات بعدی نیز مشغول است و آن‌ها ضامن هستند و چون این ضمان قابلیت برای ادا ندارد- زیرا، مال واحد بیش از یک ادا ندارد-، نتیجه این می‌شود که امکان بری شدن ذمّه آن‌ها از ضمان تا روز قیامت نیست.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۴۷

به عبارت دیگر، امکان ندارد که در زمان واحد و در عرض واحد، برای یک مال دو ادا باشد؛ هنگامی که خسارت مال پرداخت شود، دیگر چیزی باقی نمی‌ماند که ادای دیگری بخواهد برای آن محقّق شود. همان‌گونه که یک مال در زمان واحد نمی‌تواند نزد دو نفر باشد و بلکه خارجاً و تکویناً در نزد یک نفر خواهد بود. در مورد مسأله ضمان و استقرار عهده نیز به همین صورت خواهد بود.

اشکال دوّمی که بر احتمال پنجم وارد می‌شود، یک اشکال ثبوتی عقلی است؛ و آن این که چگونه مال واحد ضمان‌های متعدّدی پیدا می‌کند؟ چنین چیزی معقول نیست؛ بلکه مال واحد فقط اقتضای یک اشتغال ذمّه را دارد، نه اشتغال‌های متعدد.

اشکال سوّمی نیز بر این احتمال وارد شده است و آن این که منظور از «ما أخذت» در این روایت، «ما أخذت من مالکه» است. در این صورت، حدیث «علی الید» به هیچ عنوان شامل ید ابتدایی نمی‌شود؛ چه آن که دیگر نفرات که بر مال غیر ید پیدا کرده‌اند، آن را از مالکش نگرفته‌اند و در نتیجه، ضامن نخواهند بود. این اشکال به راحتی پاسخ داده می‌شود؛ و آن این که از کدام قسمت روایت استفاده می‌شود منظور از «ماأخذت»، «ماأخذت من مالکه» است؟ قرینه‌ای هم بر این مطلب وجود ندارد. بلکه باید گفت منظور از «اخذ» اخذ بدون رضایت است که همان ید غیرمأذون می‌شود، هم ید ابتدایی و هم ایدی متعاقبه را شامل می‌شود.

نتیجه این می‌شود که از نظر مقام اثبات، بحثی وجود ندارد که اگر ایدی متعدّده بر مال واحد تعلّق پیدا کند، هر کدام از آن‌ها سببیّت برای ضمان دارد و مالک به هر کدام از ذی‌الیدها که بخواهد می‌تواند رجوع کند؛ اگر مال باقی است، آن را بگیرد؛ و در

صورت تلف نیز مثل یا قیمتش را اخذ کند.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۴۸

اشکال ثبوتی وارد بر احتمال پنجم

اشاره

(قرار گرفتن مال واحد در عرض واحد بر عهده‌ی اشخاص متعدّد)

امّا از نظر مقام ثبوت، دچار دو اشکال است؛ یکی این که ثبوتاً ادای متعدد امکان ندارد، فکیف یتصوّر تعدّد الضمان؟ و دوّم آن که معقول نیست مال واحد در عرض واحد، در عهده اشخاص متعدّد قرار بگیرد.

در اینجا بزرگان علما تلاش کرده‌اند که از این اشکال پاسخ دهند و جواب‌های بسیاری نیز مطرح شده است که برای رسیدن به پاسخ صحیح لازم است تک تک آن‌ها را بیان و بررسی نمائیم.

۱- پاسخ مرحوم آخوند از اشکال ثبوتی

اشاره

آخوند خراسانی رحمه الله برای حل شدن اشکال می‌فرماید که این مورد از قبیل واجب کفایی است؛ همان‌طور که در واجب کفائی، وجوب بر عهده‌ی همه اشخاص قرار می‌گیرد و در صورت اتیان یک نفر، تکلیف از بقیه افراد ساقط می‌شود، در این مسأله نیز گفته می‌شود که ادای مال به صورت واجب کفایی بر همه ذوالیدها واجب است؛ و اگر یک نفر از آن‌ها قیمت یا مثل مال را به مالکش بپردازد، تکلیف از گردن دیگران ساقط می‌شود[۱۳۵].

اشکالات وارد بر پاسخ مرحوم آخوند

به نظر می‌رسد بر این سخن مرحوم آخوند خراسانی قدس سره سه اشکال وارد است.

اوّلین اشکال این است که ایشان صورت مسأله را فقط فرض تلف ذکر می‌کند و به پاسخ اشکال در موردی که مال تلف شده باشد، می‌پردازد؛ در حالی که اشکال در این بحث، اختصاصی به صورت تلف مال ندارد و در

قاعده ضمان ید، ص: ۱۴۹

مواردی هم که مال در دست ذوالیدها باقی باشد، عهده تمامی آن‌ها مشغول است؛ بنابراین، لازم بود که مرحوم آخوند قدس سره اشکال موجود در مسأله را در این فرض نیز پاسخ می‌دادند.

اشکال دوّم: بیان مرحوم آخوند در صورتی صحیح است که مفاد حدیث «علی الید» را حکمی تکلیفی بدانیم؛ اگر گفته شود که دلیل ید بر حکم تکلیفی وجوب الاداء دلالت دارد، سخن ایشان صحیح است که این حکم تکلیفی به نحو واجب کفایی مطرح باشد؛ در حالی که مشهور فقها از حدیث «علی الید» حکم وضعی ضمان را استفاده می‌کنند و نه حکم تکلیفی وجوب الاداء را.

بنابراین، آخوند خراسانی رحمه الله باید به این اشکال با توجّه به نظر مشهور فقها پاسخ دهند.

اشکال سیم: بر فرض که مرحوم آخوند قدس سره از این حدیث حکم تکلیفی استاده نکنند و بلکه منظورشان تنظیر مسأله ضمان در

این بحث به باب واجب کفایی باشـد،- همان گونه که در واجب کفایی، وجوب مقیّـد به عدم امتثال دیگران است، در این مسأله نیز ضمان مقیّد به عدم ادای دیگران است- اشـکال محقّق نائینی رحمه الله[۱۳۶] بر ایشـان وارد می‌شود که در باب واجب کفایی تقیید وجوب ممکن است و معنا دارد، لیکن تقییـد ضـمان حاصلی نـدارد. محقّق نائینی رحمه الله فرموده‌اند: در باب واجب کفایی، شارع مقـدّس یک حکم وجوبی را بر همه مردم واجب می کنـد و آن را به عـدم امتثال دیگران مقیّـد می کند؛ به صورتی که اگر یک نفر آن تکلیـف را انجـام دهـد، وجـوب از ذمّه مـابقی ساقـط می‌شود؛ و اگر هیـچ کس آن تکلیف را بجـا نیـاورد، ذمّه همه مردم به این تکلیف مشـغول است و بر ترک آن عقاب می‌شوند. اما در باب ضـمان چنین چیزی محصَّل معنا ندارد و نمی‌توان ضـمان را مقیّد به عدم ادای دیگران دانست؛ چرا که معنای این مطلب

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۰

عدم الضمان است و این که بالفعل هیچ‌کدام از افراد ضامن نیستند.

نتیجه این که پاسخ مرحوم آخوند خراسانی قدس سره قابل قبول نبوده و نمی‌توان از راه تنظیر مسأله ضـمان به باب واجب کفایی به اشکال ثبوتی مطرح شده در باب ضمان ایادی متعاقبه پاسخ داد.

۲- پاسخ محقّق نائینی رحمه الله از اشکال ثبوتی

اشاره

محقّق نـائینی رحمه الله برای حـل اشـکال راه دیگری را مطرح کرده، و می‌فرمایـد: از جهت ثبوتی این مطلب امکـان نـدارد و محال است که در زمان واحد دو نفر در عرض یکدیگر و مستقلًا ضامن یک مال باشند؛ بنابراین، اگر در مقام اثبات دیده شود که در یک موردی، اسـباب متعـدّده برای ضـمان وجود دارد، و ظهور در این داشـته باشـد که در زمـان واحـد دو نفر یا بیشتر بالاسـتقلال ضامن هسـتند، بایـد آن را به گونه‌ای توجیه کرد؛ و بایـد به حسب مقـام اثبـات یکی از دو راه انتخاب شود؛ یا مسأله اشتراک مطرح شود و این که هیچ‌کدام از ذوالیدها به طور مسـتقل ضامن مال اخذ شده نیسـتند؛ بلکه هر یک از آن‌ها مقداری از مال را متعهّد هستند و به اندازه‌ای که تصرف کرده‌اند، باید خسارت بپردازند. و یا مسأله ضمان طولی برگزیده شود که در مباحث آینده توضیح داده خواهد شد.

الف) اشتراک ذوالیدها

ایشان در ابتدا مواردی را بیان می کنند که به حسب ظاهر، در این موارد، ضمان‌های متعدّدی در عرض یکدیگر هستند و می‌فرماید: «أمّـا درک المـبیع أو الثمن: فهو عبـارهٔ عن ضـمان شـخص عن البـائع للمشتری عهـدهٔ الثمن إذا خرج المبیع مسـتحقاً للغیر، أو ضـمان شخص عن المشتری للبائع عهدهٔ المبیع إذا خرج الثمن مستحقاً للغیر. ومعنی ضمانه: أنّه لو تلف المضمون أو امتنع أخذه من

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۱

المضـمون عنه یکون عوضه علی الضامن، ففی مورد التلف أو الامتناع لا تشـتغل إلّاذمّـهٔ الضامن، وفی مورد البقاء وعدم الامتناع لیس المکلّف بالردّ والضمان إلّاالمضمون عنه ...

وأمّا ضـمان الأعیان المضـمونهٔ فحکمها حکم درک المبیع أو الثمن، فإنّ من ضـمن عن المسـتعیر فی العاریهٔ المضـمونهٔ، أو ضمن فی مورد الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد فلیس ضامناً مطلقاً، بل عند التلف، وفی هذا الحال لا تشتغل إلّاذمّهٔالضامن.

وأمّا فی مورد البقاء، فمعنی ضمانها، أنّ علیه إلزام المضمون عنه بالردّ إلی المالک ...»[۱۳۷].

محقّق نـائینی رحمه الله اولین مـورد را در بـاب بیع و بحث ضـمان مـبیع و ثمن مطرح می‌کنـد؛ بـدین صورت که مثلًا زیـد به بـایع می‌گویـد: من از طرف مشتری ضامنم که در صورت عـدم پرداخت ثمن آن را بپردازم و همین‌طور به مشتری می‌گوید: من از طرف بایع ضامن هسـتم که اگر مبیع را نـداد و یا تلف شـد، خسارت آن را بدهم. حال، اگر معامله واقع شد و چنین ضـمانی در آن محقّق شـد، به حسب ظاهر بـدین معناست که نسـبت به مبیع معیّن در آن واحد دو نفر ضـمان هسـتند. هم خود بایع ضامن است که مبیع را تحویل مشتری دهد و هم زید که ضامن تحویل مبیع به مشتری شده است.

از آنجا که ثبوتاً امکان نـدارد دو نفر در عرض یکـدیگر نسبت به مال واحد ضامن باشـند، بنابراین، این مسأله باید به‌گونه‌ای توجیه شود؛ و توجیه آن، یا به این صورت است که از نظر صـغروی مسأله را حل نماییم؛ و آن، این که گفته شود ضـمان شخص دوّم فقط در صورت تلف شدن مال است و در فرضی که مال موجود می‌باشد، تنها خود بایع ضامن است. نتیجه آن‌که، در صورت باقی بودن عین مبیع، یک نفر- بایع- ضامن است و در صورت تلف آن نیز یک نفر

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۲

- کسی که ضمانت مبیع را پذیرفته- ضامن است.

اشـکال: اگر کسـی در اینجا اشـکال کنـد که شـخص ضامن، در صورت بقای عین مبیع نیز ضامن است و در نتیجه، اجتماع ضامن‌ها پیش می‌آید؛ پس، چرا در فرض بقای مبیع می‌گوئید که فقط بایع ضامن است؟

جـواب: محقّق نـائینی رحمه الله می‌گویـد اگر چنین اشـکالی مطرح شود، در پاسـخ آن می‌گوئیم از نظر کـبروی بایـد توجیه کنیم و بگوییم در اینجا در معنای ضـمان نسبت به ضامن دوّم تصرّف می‌کنیم؛ بدین صورت که ضمان شخص دوّم به معنای ضمان شخص اوّل نیست؛ شـخص اوّل عهده‌دار مال است که حتی در صورت تلف نیز باید عهده‌دار باشد، اما ضـمان شخص دوّم به این نحو است که در فرض بقای عین مبیع ضامن باید بایع را الزام کند به این که مبیع را به مشتری رد کند[۱۳۸].

مورد دومی که مرحوم میرزای نائینی برای اجتماع ضـمان‌ها بیان می‌کنـد، باب عاریه مضـمونه است؛ بـدین صورت که علاوه بر آن که مسـتعیر خودش قبول ضمان می‌کند، شخص دیگری نیز می‌آید و ضمانت مال را بر عهده می‌گیرد. در اینجا از یک طرف، شرط ضمـان شـده است و مسـتعیر بالفعـل ضامن است؛ واز دیگر سو، شـخص ثالثی نیز پیـدا شـده و آن مال را ضـمانت کرده است؛ پس، اجتماع دو ضامن در مال واحد تحقّق یافته است.

مـورد سـوم نیز در بـاب غصب و مقبـوض به عقـد فاسـد است. محقّق نـائینی رحمه الله در توجیه مورد دوّم و سوم می‌گویـد: ضـمان شخص دوّم در عرض ضمان شخص اوّل نیست و بلکه در فرض تلف مال است؛ تا زمانی که عین مال باقی است، بر مستعیر واجب و لازم است که مال را به معیر بازگرداند، و فقط در

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۳

صورت تلف شدن مال است که ضمان شخص دوّم معنا پیدا می‌کند؛ نسبت به باب غصب و مقبوض به عقد فاسد نیز مسأله به همین صورت است.

ب) نظریّه‌ی ضمان طولی

اشاره

اما راه دومی که میرزای نائینی رحمه الله برای حل اشکال بیان می‌کند، حل مسأله از راه ضمان طولی است.

معنای ضمان طولی

مرحوم میرزای نائینی قدس سره پس از بیان موارد فوق در شریعت و بیان توجیه آن‌ها، به بحث ضمان طولی می‌پردازند و اشکال ثبوتی در باب ایدی متعاقبه را از همین طریق حل می‌کنند. ایشان در مورد ضمان طولی می‌فرماید:

«وأمّا الضمان طولًا علی أزید من شخص واحد فی زمان واحد فیمکن ثبوتاً، ودلّت علیه الأدلّة إثباتاً.

أمّا ثبوتاً فلإمکان أن یکون کلّ واحد من الضمناء ضامناً لما یضمنه الآخر، فتشتغل ذمّة أحدهم بما تشتغل ذمّة الآخر به، أی: یخرج من کیس أحدهم ما یؤدّیه الآخر، وهذا النحو من الضمان یمکن أن یکون سببه العقد، أو الإتلاف، أو الید، فالعقد کالضمان بالالتماس، فإذا التمس المدیون من شخص أن یؤدّی دینه ورضی الدائن به فالضامن یصیر ضامناً للدین، والملتمس یکون ضامناً لما یؤدّیه الضامن بمقدار ما یؤدّیه.

والإتلاف کضمان الغارّ ما یغترمه المغرور.

والید کتعاقب الأیدی الغاصبة، فالغاصب الأوّل ضامن للمالک مایضمنه الثانی، أی: یجب أن یخرج من کیس الثانی ما یغترمه الأوّل، فالغاصب الثانی ضامن لما یضمنه الأوّل ...»[۱۳۹].

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۴

مرحوم نائینی قدس سره پس از بیان امکان ضمان طولی در عالم ثبوت و واقع، می‌فرماید این مقدار کافی نیست و بلکه باید دید در مقام اثبات، آیا می‌توان از «علی الید» چنین ضمانی را استفاده کرد یا نه؟ معنای ضمان طولی عبارت است از این که هر یک از ضامن‌ها، ضمانت مالی را بر عهده دارند که در عهده دیگری آمده است؛ به عبارت دیگر، ضمان هر کدام در طول ضمان دیگری است و ذمّه ید دوّم مشغول است به آن چه که ذمّه شخص اوّل مشغول شده است؛ یعنی، ضامن دوّم، ضامن مالی است که متّصف به این است که در عهده دیگری آمده و مال را بما هو هو ضامن نیست.

فرق ضمان طولی و ضمان عرضی نیز آن است که در ضمان عرضی هر کدام نسبت به مال خارجی در عرض یکدیگر و بالاستقلال ضامن هستند، و حال آن که در ضمان طولی، هر کدام ضامن آن عهده‌ای هستند که ذمّه دیگری به آن مشغول است؛ و ضمان شخص لاحق در صورتی است که ضامن اوّل ادا نموده باشد؛ بنابراین، آن چه را که ید سابق ادا نموده است، از جیب شخص لاحق نیز خارج می‌شود.

نکته‌ی دیگری که باید به آن توجّه شود، این است که ضمان طولی همانند سایر موارد طولیّت که یک طرفه است، نیست؛ بلکه مراد طولی بودن از دو طرف است؛ یعنی هر کدام از سابق و لاحق نسبت به یکدیگر چنین ضمان طولی را دارند و غاصب اوّل ضامن چیزی است که بر ذمّه نفر دوّم آمده است، و غاصب دوّم ضامن همانی است که بر ذمّه نفر اوّل آمده است.

با توجّه به آن چه ذکر شد، می‌توان ضمان طولی را در موارد زیر خلاصه نمود:

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۵

۱- در ضمان طولی، مالی که قبلًا بر عهده دیگری آمده است با همین وصف، در عهده شخص دیگر قرار می‌گیرد.

۲- در ضمان طولی، ضامن دوّم آن چه را که ضامن اوّل ادا می‌کند، ضامن است؛ و این ضمان، تعلیقی و یا تقدیری است و عنوان فعلی ندارد.

۳- مقصود از طولی بودن در این بحث، طولی بودن از هر دو طرف است؛ یعنی زید ضامن مالی است که در عهده عمرو آمده و عمرو نیز ضامن مالی است که در عهده زید آمده است. این مطلب از عبارت مرحوم محقّق نائینی قدس سره که فرموده است: «تشتغل ذمّة أحدهم بما تشتغل به ذمّة الآخر» استفاده می‌شود.

اسباب ضمان طولی

محقّق نائینی قدس سره در ادامه مطالب خود به بحث اسباب ضمان طولی پرداخته و سه سبب را برای آن مطرح می کنند که عبارت است از:

۱) عقد الضمان: به عنوان مثال، اگر زید مدیون به عمرو باشد و از بکر تقاضا کند که ضامنش شود، به حسب ظاهر دو نفر ضامن یک مال (دین) هستند. اینجا ضمان ضامن در طول ضمان مدیون است؛ بدین صورت که شخص ضامن، ضامن دین می‌شود و اگر دین مدیون را به داین پرداخت کند، مدیون ضامن است که آن مقداری را که این شخص به داین داده، پرداخت نماید- مدیون ضامن است که «مایؤدّیه الضامن» را به شخص ضامن بدهد-.

۲) اتلاف: میرزای نائینی رحمه الله برای باب اتلاف به غارّ و مغرور مثال می‌زنند، که اگر شخص مغرور چیزی را به مالک بپردازد، همان مقداری که پرداخته بر عهده شخص غارّ می‌آید و او باید این مبلغ را به مغرور بدهد.

۳) ید: ضمان طولی در مورد سبب ید در بحث تعاقب ایدی غاصبه مطرح می‌شود که اگر زید مال عمرو را غصب کرده باشد و بکر از زید غصب کند و ...، در اینجا غاصب اوّل که زید است، ضامن مالک بوده و باید خسارتش را بدهد.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۶

امّا ضامن مال نیست، بلکه ضامن آن چیزی است که بر عهده غاصب دوّم آمده است. بدین معنا که اگر مالک به غاصب اوّل رجوع کرد و او نیز خسارت مالک را پرداخت در حالی که باید از جیب نفر دوّم خارج می‌شد، می‌تواند به غاصب دوّم رجوع کند و همان چیزی را که به مالک پرداخت کرده است، از غاصب دوّم بگیرد.

مقایسه اسباب ضمان طولی با یکدیگر

مرحوم محقّق نائینی قدس سره پس از بیان اسباب سه‌گانه، می‌فرماید: مسأله عقد الضمان و اتلاف از محل کلام ما خارج است؛ به همین دلیل، بحث را بر روی مسأله ید متمرکز می کنیم؛ لیکن قبل از توضیح مسأله، لازم است که جهات اشتراک و افتراق این اسباب سه‌گانه را مطرح نمائیم.

امّا جهت اشتراک بین اسباب سه‌گانه عبارت است از این که منظور از ضمان در اینجا ضمان فعلی نیست و بلکه ضمان در این موارد، تقدیری است. به این معنا که ضامن در صورتی که دیگری مال را ادا کند به همان مقدار، ضامن خواهد بود؛ در غیر این صورت، ضمانی محقّق نخواهد بود. به عنوان مثال، غاصب دوّم در صورتی ضامن است که غاصب اوّل چیزی پرداخت کرده باشد. شبیه آن که در ضمان مبیع، در صورت بقای مال فروخته شده، خود بایع ضامن است؛ و در صورت تلف، شخص دوّم که ضمانت مبیع را پذیرفته، ضامن است.

عبارت محقّق نائینی در این مورد چنین است:

«أمّا الأثر المشترك بينهما فهو أنّ الضامن لما يضمنه الآخر ليس ضمانه فعليّاً، بل يكون تقديريّاً، أى: ضامن على تقدير أداء الآخر وبمقدار ما يؤدّيه، ... وكيف كان، فالتحقيق: أنّ المديون لا يضمن للملتمس حقيقةً إلّابعد أداء دينه؛ وكذلك الغاصب الثانى لا

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۷

يضمن للغاصب الأوّل إلّابعد أداء الأوّل ...»[۱۴۰].

و امّا جهت افتراق اسباب سه‌گانه این است که در عقد الضمان اثری وجود دارد که در مورد اتلاف و ید چنین اثری نیست. آن اثر این است که در ضمان عقدی، ضامن نسبت به مالک تعدّد ندارد؛ بدین صورت که قبل از قبول ضامن، مدیون خود نسبت به دینی که بر عهده دارد، ضامن است؛ امّا بعد از قبول ضامن، دین بر عهده ضامن قرار می گیرد؛ چرا که مبنای فقهای امامیه در باب عقد

ضمان این است که انتقال ذمّه صورت می گیرد، بر خلاف اهل سنّت که قائل هستند ضمّ ذمّه محقّق می‌شود؛ لیکن در باب اتلاف و ایادی متعاقبه، تعدّد وجود دارد. ایشان می گوید:

«وأمّا الأثر المختصّ، ففی مورد الضمان العقدی لا یتعدّد الضامن للمالک؛ لأنّ الدین قبل قبول الملتمس، الضمان علی عهدهٔ المدیون دون غیره، وبعد قبوله فالدین علی عهدته لا غیر؛ لخروجه عن ذمّهٔ الملتمس.

وأمّا الضـمان بالتغریر أو تعاقب الأیـدی فکلّ من الغارّ إذا کان غاصبـاً والمغرور وکلّ واحد من الغاصب الأوّل والثانی ضامن للمالک بنحو الطولیّهٔ ...»[۱۴۱].

میرازی نائینی رحمه الله در ادامه می گوید بین مسأله غار و مغرور (مورد اتلاف) و مسأله تعاقب ایدی (مورد ید) نیز فرق است؛ و آن این که اگر مالک به فریب‌دهنده- کسی که با فریب مال مالک را به دیگری فروخته است- رجوع کند، او نمی‌تواند به فریب‌خورده بگوید چون من خسارت مال را داده‌ام، تو باید آن را جبران کنی، و حقّ چنین کاری را ندارد. لیکن در مورد تعاقب ایدی

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۸

چنیـن چیزی وجـود دارد و هر سـابقی می‌توانـد بـه شـخص غـاصبی که بعـد از او هست، مراجعه کنـد و خسـارت پرداخت کرده را دریافت کند.

دیدگاه شهید اوّل رحمه الله در مسأله غارّ و تعاقب ایدی

مرحوم شـهید قدس سره در کتاب دروس[۱۴۲] فرق دیگری را در مورد مسأله غارّ و مغرور و مسأله تعاقب ایـدی بیان می کنـد و آن این که، سـبب ضمان در مسأله غارّ و مغرور فعلیّت دارد، لیکن خود ضمان فعلیّت ندارد و تا زمانی که مالک به مغرور رجوع نکرده است، غارّ ضامن نخواهد بود و ضـمانی نیست؛ امّا در مسأله تعاقب ایدی، حتّی سـبب ضمان غاصب دوّم برای غاصب اوّل نیز فعلیّت ندارد.

اشکال محقّق نائینی رحمه الله بر دیدگاه شهید اوّل قدس سره

میرزای نائینی رحمه الله این سخن شهید قدس سره را رد کرده و می گوید: از این جهت، بین دو مسأله فرقی نیست؛ چه آن که فرض این است که ید دوّم از ید اوّل ناشـی شده و سـبب ضمان در نفر دوّم نسبت به نفر اوّل وجود دارد؛ هرچند که تا نفر اوّل خسارتی به مالک نپرداخته باشد، ضمان فعلی برای غاصب دوّم نخواهد بود، و بلکه فقط سبب ضمان در مورد او وجود دارد[۱۴۳].

محقّق نائینی رحمه الله پس از بیان این مطالب، می گوید: می‌توان در مورد یک مال تعدد ضامن‌ها را تصویر نمود؛ و این در صورتی است که ضمان هر یک در طول ضمان دیگری باشد، هر چند که از نظر زمانی، ضمان‌ها در عرض یکدیگر هستند.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۵۹

در مورد مسأله تعاقب ایدی دو نکته وجود دارد؛ اوّل آن که تمام کسانی که بر مال غیر «ید» و تسلط پیدا کرده‌اند، نسبت به مالک ضامن هستند بـدون هیـچ فرقی؛ و دیگر آن که هر لاحقی، ضامن سابق نیز هست؛ بـدین معنا که اگر نفر قبل، بـدل مال را به مالک بدهـد، بر نفر بعدی لازم است که آن مقدار را به نفر قبل بپردازد. بنابراین، ضـمان لاحق، ضـمان مطلقی نیست. مرحوم محقّق نائینی رحمه الله در ادامه مطلب، از کلاـم خویش اضـرابی دارنـد؛ و آن این که، تـاکنون گفتنـد ضـمان لاـحق از جهت رتبه متأخّر از سابق است. امّا بعد از اضراب می‌فرمایند:

علاوه بر این که از نظر رتبه متأخّر است، از جهت زمانی نیز متأخّر است.

این راجع به ضـمان غـاصبین نسـبت به یکـدیگر، امّـا در مورد ضـمان آن‌ها نسبت به مالک، ایشان می‌فرمایـد: هیـچ فرقی بین آن‌ها

نیست؛ «علی الید» به همان وزانی که شامل ید اوّل می‌شود به همان صورت شامل ید اخیر می‌شود و همه را در بر می گیرد.

در این صورت، اشکال می‌شود بر میرزای نائینی رحمه الله که ضمان طولی در اینجا به چه صورتی می‌شود؟ مطلبی که شما بیان کردید- در شمول دلیل ید هیچ فرقی بین ایدی متعاقبه نیست و همه را به یک صورت شامل می‌شود- مخالف با معنای ضمان طولی است. در ضمان طولی، شخص دوّم ضامن خود مال مالك نیست و بلکه ضامن مالی است که در عهده نفر اوّل قرار گرفته و ذمّه او را مشغول کرده است؛ و حال آن که حدیث «علی الید» می گوید همه افراد ضامن مال مالك هستند و هیچ فرقی بین ضمان ایدی متعاقبه نسبت به مالك نیست.

ایشان در مقام پاسخ و برای حل این اشکال بیان می کند: مانعی نیست که دلیلی مثل دلیل ید عامّ باشد، و ایدی متعاقبه را نیز شامل شود؛ امّا از دیگر سو، بین خود افراد- از جهت افراد و نه از جهت شمول عامّ- فرق باشد. به عبارت دیگر، دلیل از حیث عمومیّت نسبت به افراد هیچ فرقی نیست، اما ممکن است

قاعده ضمان ید، ص: ۱۶۰

خود افراد فرق‌هایی داشته باشند که این ضربه‌ای به شمول عام وارد نمی‌سازد.

سپس می‌فرمایند: در اینجا دو صورت وجود دارد که لازم است هر کدام به صورت جداگانه، مورد بررسی و دقت قرار گیرند.

صورت اوّل این است که دو مال در میان باشد، به طوری که عمرو بر مال زید دست پیدا می کند و خالد نیز بر مال بکر؛ تردیدی نیست که در این صورت، «علی الید» هر دوی اینها را می گیرد و در شمول آن هیچ تفاوتی نیست؛ هر چند که در هر مالی خصوصیاتی وجود دارد، اما هم عمرو و هم خالد ضامن مال هستند. در این فرض، معنای ضمان از نظر عقلا و عرف این است که خود مال، جدای از خصوصیاتی که دارد، به عنوان یک کلی در عهده ضامن می‌آید. در این صورت، دیگر نیازی نیست که ضمان در فرض تلف مطرح شود.

نتیجه این صورت آن است که حدیث «علی الید» هر دو مال را شامل می‌شود؛ در حالی که یکی مال زید است و دیگر مال بکر است؛ حدیث خصوصیّات شخصیّه را کنار می گذارد و خود عین مال را به عنوان یک کلّی در عهده، در نظر می گیرد.

و امّا صورت دوّم این است که مال واحد باشد و چند نفر بر آن دست پیدا کنند؛ به عنوان مثال، عمرو مال زید را بگیرد و بکر از عمرو، و خالد نیز از بکر و ... آن مال را اخذ کنند.

محقّق نائینی رحمه الله در این صورت می گوید:

«وأمّا ما کان من قبیل الثانی فاعتبار ضمانه عرفاً أن یکون بدل المضمون واحداً ذاتاً وفرداً حقیقهً؛ لأنّ الأوّل ضامن لما یکون مخرجه فی ذمّهٔ الثانی، والثانی ضامن لما یضمنه الأوّل، فالثانی وإن کان ضامناً للمالك أیضاً بإطلاق الدلیل أو عمومه کالأوّل، إلّاأنّ کلّ واحدٍ لیس ضامناً مطلقاً؛ لأنّ حقیقهٔ ضمان المال الّذی هوفی عهدهٔ الآخر وذمّته أن لا یکون الضمان مطلقاً. وعلی کلّ تقدیر فالضمانان وإن اجتمعا فی الزمان بمقتضی عموم «علی الید» إلّاأنّهما لم یجتمعا فی الرتبهٔ؛ لأنّ الغاصب الأوّل ضامن للمالك ما یجب أن یؤخذ من الثانی، وما فی عهدهٔ الثانی هو الّذی ثبت فی عهدهٔ الأوّل، فلم یجتمع الضمانان عرضاً کاجتماعهما علی مذهب الجمهور ...»[۱۴۴]؛ در این صورت، اعتبار ضمان به این است که از نظر عرف، بدل مضمون یک شیء واحد است؛- درست بر خلاف صورت قبل که بدل مضمون متعدد بود؛ چند شیء و بر عهده چند نفر می‌آمد- چه آن که نفر اوّل ضامن چیزی است که مخرجش در ذمّه دوّمی است و نفر دوّم ضامن چیزی است که نفر اول ضامن آن است؛ هرچند که نفر دوّم نیز همانند نفر اوّل به اطلاق یا عموم دلیل ید، در مقابل مالك ضامن است، امّا ضمان هیچ‌یک از نفرات بعدی مطلق نیست؛ بلکه نفر دوّم و نفرات بعدی بر مالی دست پیدا کرده‌اند که قبلًا در عهده و بر ذمّه دیگری بوده است.

به هر صورت، نتیجه این می‌شود که ضمان نفر اوّل و نفر دوّم، هرچند که به مقتضای عموم حدیث «علی الید» در یک زمان اتفاق

می‌افتد و با هم جمع می‌شوند، لیکن این دو ضمان در عرض یکدیگر و در رتبه‌ی واحد با هم اجتماع ندارند؛ زیرا، غاصب اوّل نسبت به مالک ضامن چیزی است که باید از غاصب دوّم گرفته شود؛ و آن چیزی که در عهده غاصب دوّم آمده، همان است که در ذمّه فرد اوّل بود. در این صورت، دو ضمان در زمان واحد، در رتبه واحد و در عرض یکدیگر نیستند؛ بر خلاف اهل سنّت که چنین

قاعده ضمان ید، ص: ۱۶۲

مطلبی را قائل‌اند و می‌گویند اجتماع چند ضمان در عرض یکدیگر محقّق می‌شود.

نتیجه این می‌شود که محقّق نائینی رحمه الله اشکال ثبوتی موجود در باب تعاقب ایدی را با توسّل به مسأله ضمان طولی حل می‌کنند و در این صورت، هیچ یک از افراد به صورت مستقل ضامن مال نیستند، بلکه مالک فقط می‌تواند به یکی از آن‌ها رجوع کند و خسارتش را بگیرد؛ فردی هم که خسارت را پرداخت کرده است به نفرات بعدی می‌تواند رجوع کند و همان مقداری را که به مالک بابت خسارت مال داده است، از او طلب کند.

آثار ضمان طولی

میرزای نائینی رحمه الله در انتهای مطالبی که ذکر شد، آثاری را برای تعدد ضامن‌های طولی مطرح می‌کنند که عبارت است از:

۱) لازمه‌ی ضمان عرضی تعدّد مضمون است در خارج؛ به تعداد افرادی که بر مال دست پیدا کرده‌اند، برای مال مالک بدل وجود دارد؛ امّا لازمه‌ی ضمان طولی این است که بدل مضمون در خارج یکی است.

«أنّ لازمه- [لازم تعدّد الضمناء طولًا]- وحدة بدل المضمون خارجاً، بل حقيقته تضادّ الجمع في الوجود ...»[۱۴۵].

۲) در باب تعاقب ایدی- بر خلاف قاعده غرور- اگر نفر دوّم فریب غاصب اوّل را نخورده باشد، در صورتی که مالک به او رجوع کند و بدل مضمون را از او بگیرد، وی نمی‌تواند به غاصب اوّل جهت گرفتن چیزی که پرداخت کرده است، مراجعه کند.

«أنّ في باب تعاقب الأيدي إذا لم يكن الثاني مغروراً من الأوّل

قاعده ضمان ید، ص: ۱۶۳

إذا رجع المالك إليه لا- يرجع هو إلى الأوّل؛ لأنّ لازم ضمان الأوّل شيئاً يجب تداركه على اللاحق، وضمان اللاحق شيئاً كان في عهدة السابق هو أن يرجع السابق إلى اللاحق دون العكس، وهذا عكس قاعدة الغرور»[۱۴۶].

۳) در باب تعاقب ایدی، سبب ضمان در مورد هر یک از غاصب‌ها وجود دارد و ذمّه آن‌ها مشغول به مال مالک است؛ بنابراین، اشکالی ندارد که ضمان‌های متعددی در زمان واحد اجتماع پیدا کند.

«أنّه لا بأس بالتزام اجتماع الضمانات المتعدّدة في زمان واحد كما هو مقتضى «على اليد»، فإنّ في تعاقب الأيدي سواء كان هناك غرور أو لم يكن سبب الضمان للمالك موجود في كلّ من الضمناء، فإنّ مقتضى وضع اليد من كلّ منهم على مال المالك أن يكون ذمّته مشغولة بما له»[۱۴۷].

دیدگاه محقّق بجنوردی رحمه الله در مورد ضمان طولی

بعد از میرزای نائینی رحمه الله، برخی از شاگردان ایشان مثل مرحوم بجنوردی نظر استاد را پذیرفته و قائل به ضمان طولی شده‌اند. ایشان پس از ذکر کلمات استاد خود، نتیجه‌گیری کرده و می‌فرماید: در مفاد دلیل ید نسبت به بحث تعاقب ایدی به چهار مطلب- به عنوان نتیجه- می‌رسیم که عبارتند از:

۱- مالک به هر یک از غاصبین که بخواهد می‌تواند رجوع کند و خسارتش را بگیرد.

۲- در صورتی که مالک به یکی از غاصبین مراجعه کنـد و طلب خود را بگیرد، حق ندارد به دیگران مراجعه کرده و از آنان چیزی طلب نماید؛ چه آن

قاعده ضمان ید، ص: ۱۶۴

که دیگر حقّی برای او باقی نمانده است.

۳- در تعاقب ایدی، هر سابقی می‌تواند با دو شرط به دو نفر بعدی رجوع کند؛ اوّل این که شخص سابق نسبت به لاحق عنوان غارّ و فریب‌دهنده نداشته باشد؛ و دوّم آن‌که مال مالک در نزد سابق تلف نشده باشد.

۴- شـخص سـابق در صورتی می‌توانـد به نفر بعـدی رجوع کنـد که مالک به او رجوع کرده باشـد و او نیز مثل و یا قیمت مال را به مالک پرداخته باشـد؛ چه آن که گفته شد ضـمان لاحق، طولی است و شـخص لاحق زمانی ضامن می‌شود که سابق خسارت مال را پرداخت کرده باشد.

«إنّ نتیجهٔ ما ذکرنا واخترنا فی مفاد قوله صلی الله علیه و آله: «وعلی الید ما أخذت حتّی تؤدّیه» امور: الأوّل: جواز رجوع المالک إلی أیّ واحد من الغاصبین.

الثانی: أنّه لو رجع إلی أحدهم واستوفی حقّه منه فلیس له الجروع إلی الآخرین لعدم بقاء حقّ له.

الثالث: یجوز رجوع کلّ سابق إلی اللاحق إن لم یکن غارّاً له، وأیضاً لم یتلف المغصوب عنده، و إلّافمع أحد هذین أو کلاهما فلیس له الرجوع إلیه.

الرابع: أنّ جواز رجوع السابق إلی اللاحق لابـدّ وأن یکون بعد أداء ما فی ذمّته من المثل أو القیمهٔ؛ وذلک من جههٔ ما قلنا إنّ الضـمان طولی، وإنّ اللاحق ضامن للخسارهٔ والبدل الّذی یعطیه السابق ویدفعه إلی المالک. وهذا معنی ضمانه لضمانه»[۱۴۸].

دیدگاه امام خمینی رحمه الله در مورد ضمان طولی

در میان بزرگان و اعاظم معاصر نیز مرحوم امام قدس سره همین نظریّه ضمان طولی را

قاعده ضمان ید، ص: ۱۶۵

پذیرفته‌اند. ایشان ابتدا بیان می‌کند شخص لاحق که مال را از شخص اوّل و سابق می‌گیرد، بعد از آن است که مال بر عهده نفر قبل قرار گرفته- همـان بیـان مرحوم نـائینی- بـدین معنا که شـخص دوّم ضامن وصف مضـمونیّت مال است؛ و وصف مضـمونیّت قابلیّت تعلّق ید و ضـمان را دارد. و اگر کسـی بگوید دوّمی، هم بر مال و هم بر این وصف، ید پیدا نموده است؛ نسبت به مال اثرش معلوم است، اما چه اثری بر این وصف مضـمونیت مترتّب است؟ پاسـخش این است که اگر شـخص سابق وصف مضـمونیت را ادا کنـد و خسارت مالک را بپردازد، نفر دوّم باید همان خسارت را به او بپردازد.

مرحوم امام در ادامه، نکته‌ای را بیان می‌کند که در کلام محقّق نائینی و محقّق بجنوردی رحمهما الله ذکر نشده است؛ و آن این که، امام قـدس سـره می‌گوید در اینجا ضامن دوّم نسـبت به مالک ضامن نیست- مضـمون له مالک نیست- و بلکه ضامن دوّم نسـبت به شخص سابق ضامن است و این نفر اوّل است که نسبت به مالک ضامن می‌باشد.

«إنّ وصف «کونه مضموناً» أمر قابل لوقوع الید علیه- کسائر الأوصاف- تبعاً للعین، وتصحّ فیه العهدهٔ، وکونه علی الآخذ.

وعهـدهٔ وصف المضـمون علی الضامن الثانی للضامن الأوّل، ترجع عرفاً إلی ضـمانالخسارهٔ الواقعـهٔ علیه من قبل ضـمانه، ولیس معنی ذلک أنّ المضمون له هو المالک، بل المضمون له هو الضامن لما ضمنه للمالک»[۱۴۹].

ایشـان بعـد از بیـان مطالب فوق، می‌گویـد: آن چه که ما از حـدیث «علی الیـد» می‌فهمیم، این است که در هر موردی که یـد محقّق شود، ضمان وجود دارد؛ به عبارت دیگر، از دلیل ید، اصل ضمان فهمیده می‌شود، امّا این که مضمون له

قاعده ضمان يد، ص: ۱۶۶

چه كسى است؟ موكول به فهم عرف و عقلاست، و از دليل يد چيزى فهميده نمى‌شود.

«وبالجملة: إطلاق «على اليد ...» يقتضى شموله لكلّ ما يصدق فيه «أنّها عليه» بوجه، والمضمون له غير مذكور ومحوّل إلى فهم العرف والعقلاء»[۱۵۰].

اشکالات وارد بر نظريّه‌ى ضمان طولى

بعد از بيان خلاصه سخنان بزرگانى كه قائل به ضمان طولى هستند، بايد بررسى كنيم كه آيا اين نظريّه قابل پذيرش است يا نه؟ نسبت به نظريّه ضمان طولى اشكال‌هاى متعددى وجود دارد كه برخى از آن‌ها در كلمات بزرگانى چون والد معظم حضرت آيت اللّه العظمى فاضل دام ظلّه[۱۵۱] نيز بيان شده است.

اشكال اوّل: اولين اشكالى كه وجود دارد، در مورد اين مطلب است كه گفتند فرق بين ضامن سابق و لاحق در اين است كه ضامن اوّل (سابق) ضامن خود مال است، امّا ضامن دوّم (لاحق) ضامن مال به علاوه وصف مضمونيت است. اشكال مى‌شود كه اگر به عقلا مراجعه و از آنان پرسيده شود آيا وصف مضمونيت را در متعلّق ضمان مى‌دانيد يا نه؟ خواهند گفت: فقط در عقد الضمان كه ذمّه مديون مشغول شده و ديگرى مى‌آيد آن را تضمين مى‌كند، چنين چيزى وجود دارد و وصف مضمونيت را داخل در متعلّق ضمان مى‌دانند؛ ليكن در باب غصب و تعاقب‌ايدى، هيچ فرقى بين مال در دست نفر اوّل و نفر دوّم و ... نيست، از اين نظر كه ضمان همه آن‌ها نسبت به خود مال تحقّق پيدا مى‌كند.

قاعده ضمان يد، ص: ۱۶۷

بنابراين، اشكال اوّل اين مى‌شود كه عقلا ضمان همه ضامن‌ها را به يک صورت مى‌دانند و معتقدند همه نسبت به مال مالك و در مقابل او ضامن هستند.

اشكال دوّم: همان اشكالى را كه ميرزاى نائينى رحمه الله به سخن مرحوم آخوند گرفتند، متوجه نظريّه خودشان نيز مى‌شود؛ و آن اين كه ضمان طولى، ضمان فعلى نيست. معناى ضمان طولى همان‌طور كه خود ايشان نيز تصريح دارند، عبارت است از اين كه «ضمان لاحق لايكون فعليّاً إلّابعد أداء ضامن الأوّل»؛ و حال آن كه ما احتياج به ضمان فعلى داريم.

اشكال سوم: محقّق نائينى رحمه الله فرمودند ضمان لاحق نسبت به سابق بعد از اداى نفر سابق است؛ آيا معناى اين مطلب آن است كه لاحق فقط نسبت به سابق ضامن است؟ اگر چنين باشد، مالك ابتدائاً نمى‌تواند به او رجوع كند و طلب خسارت نمايد؛ و اگر بگويند كه لاحق فقط نسبت به مالك ضامن است، اين سؤال مطرح مى‌شود كه چرا گفتيد وصف مضمونيت به عهده او مى‌آيد؟ چرا كه لاحق نسبت به سابق ضامن نيست و در نتيجه، اين وصف نبايد به عهده‌اش بيايد؛ و اگر بگويند لاحق هم نسبت به سابق و هم نسبت به مالك ضامن است، معنايش اين است كه نفر سابق قبل از آن‌كه مالك چيزى از او طلب كند و او نيز خسارتى پرداخت كند، بايد بتواند به لاحق مراجعه و از او خسارت طلب كند؛ و حال آن‌كه شما گفتيد چنين چيزى امكان ندارد.

اشكال چهارم: مشكل و مسأله اصلى اين است كه چرا مالك در زمان واحد نسبت به همه‌ى افراد حق پيدا مى‌كند؟ چرا ذمّه همه غاصبين در يک زمان نسبت به مالك مشغول مى‌شود؟ ميرزاى نائينى رحمه الله فرمودند ضمان غاصبين در اينجا ضمان طولى است؛ معناى اين حرف آن است كه مالك تا مى‌تواند به نفر سابق رجوع كند، حق مراجعه به لاحق را ندارد؛ در نتيجه ذمّه غاصبين در يک

قاعده ضمان يد، ص: ۱۶۸

زمان مشغول نمى‌شود؛ و اين حرف، خلاف فرض است.

اشکال پنجم: محقّق نـائینی رحمه الله فرمودنـد ضـمان طولی ثبوتـاً امکـان دارد، ما اگر فرض کنیم که اشـکال ثبوتی نـداریم؛ لیکن ایشان نتوانسـتند ضـمان طولی را در مقام اثبات، ثابت نمایند؛ در مقام اثبات، ما هستیم و دلیل ضمان، «علی الید» بیان می کند که ید، موضوع ضـمان است و در این صورت، فقط ظهور در ضـمان عرضـی دارد. اگر بگوئیـد که ید، سـبب ضـمان است نسـبت به ضامن قبلی، پس مالک باید از دایره خارج شود و این امکان ندارد.

اشـکال ششم: محقّق نائینی و امام رحمهما الله فرمونـد: عموم «علی الید» شامل همه افراد می‌شود، امّا این که خصوصیّات افراد چگونه باشـد و یا این که مضـمون له کیست؟ را بایـد از عرف و عقلا بـدست آوریم. سؤال می کنیم مگر امکان دارد که حدیث «علی الید» ضامن و عین مضـمونه را معین کند، ولی مضمون له را مشخص نسازد؟ دلیل ید باید تمام اطراف را معین کند؛ هنگامی که ضامن و عین مضمونه مشخص شد، عین مال از برای هر که باشد، همو مضمون له خواهد بود.

بنابراین، اوّلًا اصل این کبرای کلّی درست نیست که برای شـناخت مضـمون له باید سراغ عرف و عقلا رفت؛ بلکه خود حدیث «علی الید» مضـمون له را مشـخص کرده است. ثانیاً، بر فرض که عرف و عقلا مضمون له را معین کنند، هیچ گاه عرف نفر قبل را به عنوان مضمون‌له نمی‌شناسد، بلکه ادامه می‌دهد تا مالک، و آن گاه، مالک مال را به عنوان مضمون له معرفی می کند.

اشکال هفتم: این است که در ضمان طولی نسبت به شخص دوّم می‌فرمایید این شخص ضامن مال است به اضافه قید مضمونیت، در مورد شخص سوم هم باید بگوئید ضامن مال است به علاوه دو قید مضمونیّت؛ همین‌طور اگر پیش رویم و مثلًا شخص دهمی باشد، باید گفته شود که او ضامن مال است به

قاعده ضمان ید، ص: ۱۶۹

اضافه نُه قید مضمونیّت. آیا این مطلب با عرف سازگاری دارد و عرف مساعد آن است؟ قطعاً چنین چیزی را عرف نمی‌پسندد.

نتیجه‌ای که از اشکالات وارد بر ضمان طولی می گیریم، این است که این راه حل نیز مفید فایده نبوده و قابل قبول نیست. از این رو، باید راه دیگری را جستجو کرد.

۳- پاسخ صاحب جواهر رحمه الله از اشکال ثبوتی

اشاره

راه حـلّ سوم برای رفع اشـکال ثبوتی را مرحوم صـاحب جواهر قـدس سـره ارائه می کننـد؛ ایشان پس از بیان کلام مرحوم محقّق در شرائع[۱۵۲] مبنی بر آن که اگر ایـدی غاصبه بر مال واحـدی تحقّق پیدا کند، مالک مخیّر است که به هر کدام از آن‌ها که بخواهد مراجعه کنـد، می‌فرمایـد: قرار ضـمان بر کسـی است که مـال مغصوب در دست او تلف شـده است. منظور ایشان از قرار ضـمان این است که اگر مالک به چنین شخصـی مراجعه کرد، حقّ رجوع به دیگران را نخواهد داشت، امّا اگر به دیگران- غیر از کسی که مال را تلف کرده است- مراجعه کند، آن‌ها می‌توانند به این شخص مراجعه کنند و چیزی را که به مالک داده‌اند، از او طلب کنند.

صـاحب جواهر رحمه الله در ادامه به بررسـی چنـد مطلب دیگر می‌پردازد؛ اوّلین مطلب آن است که در مواردی که چنـد یـد بر مال واحـد تحقّق پیـدا می کنـد، دلیلی بر این که ذمّه تمـامی آن‌ها مشـغول است، وجود نـدارد؛ بلکه فقط ذمّه کسـی که مال در دست او تلف می‌شود، مشغول می گردد. مطلب دوّم در مورد رجوع مالـک است؛ ایشان می گویـد: امّا این که مالک می‌توانـد به هر یک از این افراد جهت مطالبه خسارت مراجعه کند، ربطی به اشتغال ذمّه آنان ندارد؛ بلکه این

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۰

مسأله فقط مجرّد جواز رجوع است که آن را خطاب شـرعی گوینـد. بنابراین، خطاب دلیل یـد نسـبت به کسـی که مال در دست او

تلف شده، ذمّی است و در مورد بقیّه افراد، شرعی است.

نکته سوم این که اگر مالک به دیگری (ید سابق) که مال در دست او تلف نشده است، رجوع کرد و او نیز مال مالک را تدارک کرده و بدل آن را به مالک بپردازد، یک معاوضه قهریه شرعیّه بین مالک و شخصی که مال را تدارک کرده است، واقع می‌شود؛ و نفر سابق صاحب و مالک ذمّه مشغوله می‌شود. یعنی نفر سابق به جای مالک می‌نشیند و لاحق در برابر او ضامن می گردد.

به همین دلیل است که نفر سابق می‌تواند به لاحق مراجعه کند و او نیز وظیفه دارد مالی را که نفر سابق پرداخت کرده به او بدهد.

عبارت صاحب جواهر رحمه الله در کتاب «جواهر الکلام» چنین است:[۱۵۳]

قاعده ضمان ید ؛ ص ۱۷۰

«ولا فرق فی تعاقب أیدیهم بین کونه بصورهٔ الضمان ببیع فاسد ونحوه وعدمه؛ نعم، قرار الضمان علی من تلف المغصوب فی یده منهم، بمعنی أنّه لو رجع المالک علی غیره رجع هو علیه مع فرض عدم زیادهٔ فی العین یختصّ الأوّل بضمانها بخلاف ما لو رجع علیه نفسه، فإنّه لا ـ رجوع له علی غیره، لأنّ ذمّته المشغولهٔ للمالک بالبدل وإن جاز له إلزام غیره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمّته به، فیملک حینئذ من أدّی بأدائه ما للمالک فی ذمّته بالمعاوضهٔ الشرعیّهٔ القهریّهٔ.

وبذلک اتّضح الفرق بین من تلف المال فی یده وبین غیره الّذی خطابه بالأداء شرعی لا ذمّی، إذ لا دلیل علی شغل ذمم متعدّدهٔ بمال واحد، فحینئذٍ یرجع علیه ولا یرجع هو»[۱۵۴].

قبل از مرحوم صاحب جواهر رحمه الله، مرحوم شهید اوّل قدس سره نیز همین نظر را

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۱

اظهار کرده و بیان می کند: برای مالک جایز است که به هر کدام از ذی‌الیدها مراجعه کند و خسارتش را طلب نماید، امّا قرار و استقرار ضمان بر ذمّه فردی است که مال در دستان او تلف شده است.

«وتعاقب الأیدی العادیهٔ علی العین یوجب تضمین کلّ واحد منهم، وقرار الضمان علی من تلفت فی یده، فیرجع غیره علیه لو رجع»[۱۵۵].

اشکالات شیخ انصاری رحمه الله بر پاسخ صاحب جواهر رحمه الله

مرحوم شیخ انصاری قدس سره در کتاب مکاسب چندین اشکال بر کلام صاحب جواهر رحمه الله وارد می کند که به نظر، ایرادات صحیحی می‌آید.

اشکال اوّل: مرحوم شیخ اعظم به صاحب جواهر رحمه الله می گوید: چطور از حدیث «علی الید» استفاده می کنید که خطاب نسبت به ایدی سابقه، خطاب شرعی تکلیفی است و اما نسبت به کسی که مال در دست او تلف شده، وضعی و ذمّی است؟ سیاق و عبارت «علی الید» به نسق واحد شامل همه افراد می‌شود و هیچ یک را استثنا نمی کند.

«أنت خبیر بأنّه لا وجه للفرق بین خطاب من تلف بیده وخطاب غیره بأنّ خطابه ذمّی وخطاب غیره شرعی؛ مع کون دلالهٔ «علی الید ما أخذت» بالنسبهٔ إلیهما علی السواء، والمفروض أنّه لا خطاب بالنسبهٔ إلیهما غیره»[۱۵۶].

البته شاید بتوان به این اشکال شیخ رحمه الله پاسخ گفت؛ و آن این که اگر ما از حدیث «علی الید» ابتداءً یک حکم تکلیفی استفاده کنیم، باید بگوئیم که در

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۲

همه موارد چنین بوده و خطاب، خطاب تکلیفی و شرعی است؛ و یا اگر حکم وضعی را استفاده کنیم، باید بگوئیم که در همه جا

چنین است؛ اما مطابق مبنای مرحوم اصفهانی قدس سره- که ما نیز این مبنا را پذیرفتیم- اگر بگوئیم حدیث «علی الید» دلالت بر استقرار در عهده دارد، در این صورت، یک معنای عامّی می‌شود که آثار تکلیفی و وضعی می‌تواند بر آن مترتّب شود؛ بنابراین، مال غصب‌شده در عهده همه واقع می‌گردد و تمامی آن‌ها مشمول ضمان موجود در حدیث می‌گردند، لیکن ممکن است خصوصیّات افراد متفاوت باشد؛ در مورد «ید» کسی که مال در نزد او تلف شده، این شخص خصوصیّتی دارد که دیگران دارای آن نیستند. از این رو، در مورد این شخص، هم حکم تکلیفی وجود دارد و هم حکم وضعی، اما در مورد دیگران که مال نزد آنان تلف نشده، فقط صرف استقرار عهده وجود دارد و فقط بر آن، حکم شرعی و خطاب تکلیفی محض مترتّب می‌شود.

نتیجه آن که می‌توان از سخن مرحوم صاحب جواهر در برابر اشکال شیخ انصاری رحمه الله این گونه دفاع کرد؛ و اشکال اوّل ایشان دیگر اشکال واردی نخواهد بود.

اشکال دوّم: مرحوم شیخ قدس سره می‌گوید: اصلًا فرق بین خطاب شرعی و خطاب ذمّی قابل درک نیست؛ چگونه می‌توان گفت که خطاب نسبت به ایدی سابقه، خطاب شرعی و تکلیفی است، اما نسبت به کسی که مال در نزد او تلف شده، ذمّی است؟

«مع أنّه لا یکاد یفهم الفرق بین ما ذکره من الخطاب بالأداء والخطاب الذّمی»[۱۵۷].

این اشکال مرحوم شیخ انصاری نیز قابل جواب است؛ و آن این که فرق

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۳

میان خطاب شرعی و خطاب ذمّی، همان فرق بین حکم تکلیفی و حکم وضعی است. صاحب جواهر رحمه الله قصد دارد بیان کند حکم قابل استفاده از دلیل ید نسبت به دیگران فقط در دایره حکم تکلیفی است، لیکن در مورد کسی که مال در پیش او تلف شده، علاوه بر حکم تکلیفی، حکم وضعی را نیز شامل می‌شود. آری، ممکن است مقصود شیخ اعظم رحمه الله این باشد که گرچه فرق بین حکم تکلیفی و وضعی واضح و روشن است، اما چون در این بحث، متعلّق حکم تکلیفی همان عنوان ادا هست، چنین خصوصیّتی دارد که فرقی بین وجوب ادا از نظر تکلیفی و وجوب ادا از نظر وضعی نیست؛ وجوب ادا از نظر وضعی به همان حکم تکلیفی بر می‌گردد. به عبارت دیگر، اگر متعلّق حکم تکلیفی عبارت از حفظ بود، بین حکم تکلیفی وجوب حفظ و حکم وضعی ضمان تفاوت روشن بود.

اشکال سوم: شیخ انصاری رحمه الله در این اشکال که به نظر وارد است، می‌فرماید: همه فقها قائل‌اند تا زمانی که یکی از ایدی غاصبه بدل مال مالک را نداده باشد، هر یدی ضامن، و ذمّه‌اش مشغول است؛ و همین‌طور تا هنگامی که مالک ذمّه فردی از آن‌ها را ابراء نکرده باشد، اشتغال ذمّه وجود دارد؛ پس، چگونه آن را فقط در مورد کسی که مال در نزدش تلف شده، ثابت می‌دانید؟

«مع أنّه لا یکاد یعرف خلاف من أحد فی کون کلّ من ذوی‌الأیدی مشغول الذّمة بالمال فعلًا ما لم یسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالک، نظیر الاشتغال بغیره من الدیون فی إجباره علی الدفع أو الدفع عنه من ماله ...»[۱۵۸].

اشکال چهارم: به صاحب جواهر رحمه الله اشکال می‌شود که شما معامله قهریّه بین «غیر من تلف المال فی یده» و مالک را از کجا استفاده می‌کنید؟ به نظر،

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۴

دلیل و سببی برای این معامله وجود ندارد؛ تنها چیزی که در اینجا وجود دارد، آن است که مالک می‌تواند به کسی که مال در دست او تلف نشده، رجوع کند و او نیز در صورتی که غارّ نباشد، می‌تواند به کسی که مال در دست او تلف شده مراجعه کند و دیگر دلیل ید بر بیشتر از این مقدار دلالت ندارد.

«مع أنّ تملّک غیر من تلف المال بیده لما فی ذمّة من تلف المال بیده بمجرّد دفع البدل، لا یعلم له سبب اختیاری ولا قهری، بل المتّجه علی ما ذکرنا سقوط حقّ المالک عمّن تلف فی یده بمجرّد أداء غیره؛ لعدم تحقّق موضوع التدارک بعد تحقق

التدارک»[۱۵۹].

اشکال پنجم: اشکال آخری که شیخ انصاری رحمه الله مطرح می‌نماید، به لازمه سخن صاحب جواهر رحمه الله بر می گردد؛ بدین صورت که طبق این بیان، اگر مال از ید اوّل به ید دوّم منتقل شود و سپس از دومی به اوّلی منتقل و در دست او تلف شود، دیگر امکان رجوع برای او نیست؛ و حال آن که اگر نفر دوّم غارّ باشد، نفر اوّل بر طبق فتوای همه‌ی فقها می‌تواند به او مراجعه کند.

«مع أنّ اللازم ممّا ذکره أن لا یرجع الغارم فیمن لحقه فی الید العادیة إلّاإلی من تلف فی یده، مع أنّ الظاهر خلافه؛ فإنّه یجوز له أن یرجع إلی کلّ واحد ممّن بعده»[۱۶۰].

در میان اشکالات پنج گانه شیخ انصاری رحمه الله مهمترین اشکال، اشکال سوم است؛ لیکن به نظر ما، اشکال مهم دیگری بر صاحب جواهر رحمه الله وارد است؛ اولًا: ما اصلًا چیزی به نام ضمان و قرار الضمان نداریم؛ تنها چیزی که وجود دارد، این است که یا سبب ضمان در چیزی موجود است و یا آن که چنین سببی وجود ندارد؛ این که گفته شود در مواردی که سبب ضمان موجود است، یک

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۵

نوع از آن این است که ضمان قرار دارد، فقط صرف یک تعبیر لفظی‌است.

ثانیاً: در موردی که مال مالک باقی و از بین نرفته باشد، چگونه می‌توان گفت مالک حقّ دارد به هر کدام از ایدی غاصبه مراجعه کند؟ مرحوم صاحب جواهر فرض مسأله را در صورت تلف بیان کرده و به اشکال ثبوتی پاسخ می‌دهند، و حال آن که عمده اشکال ثبوتی در فرضی است که هنوز مال تلف نشده باشد؛ اینجاست که اشکال می‌شود اشتغال ذمّه‌های متعدد نسبت به مال واحد چگونه تصوّر می‌شود؟

بنابراین، با توجّه به اشکالات وارد بر سخن صاحب جواهر رحمه الله معلوم می‌شود که راه حلّ‌ایشان- راه حلّ سوم- نیز تمام نمی‌باشد.

۴- پاسخ شیخ انصاری رحمه الله از اشکال ثبوتی

راه چهارم را مرحوم شیخ انصاری رحمه الله ارائه می‌دهد؛ ایشان در کتاب مکاسب پس از آن‌که به سخن صاحب جواهر رحمه الله اشکال می‌کند، خود به بیان راه حلی برای دفع اشکال ثبوتی در مقام می‌پردازند که می‌توان گفت: این راه حل، به سخن میرزای نائینی رحمه الله نزدیک است.

شیخ انصاری رحمه الله در بیان این که چرا سابق می‌تواند به لاحق رجوع کند، می گوید:

«إنّ الوجه فی رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال فی ید اللاحق فقد ضمن شیئاً له بدلٌ، فهذا الضمان یرجع إلی ضمان واحد من البدل والمبدل علی سبیل البدل؛ إذ لا یعقل ضمان المبدل معیّناً من دون البدل، وإلّا خرج بدله عن کونه بدلًا، فما یدفعه الثانی فإنّما هو تدارک لما استقرّ تدارکه فی ذمّة الأوّل، بخلاف ما یدفعه الأوّل؛ فإنّه تدارک نفس العین معیّناً؛ إذ لم یحدث له تدارک آخر بعدُ، فإن أدّاه إلی

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۶

المالک سقط تدارک الأوّل له. ولا یجوزدفعه إلی الأوّل قبل دفع الأوّل إلی المالک؛ لأنّه من باب الغرامة والتدارک، فلا اشتغال للذّمة قبل حصول التدارک، ولیس من قبیل العوض لما فی ذمّة الأوّل.

فحال الأوّل مع الثانی کحال الضامن مع المضمون عنه فی أنّه لا یستحقّ الدفع إلیه إلّابعد الأداء.

والحاصل: أنّ من تلف المال فی یده ضامن لأحد الشخصین علی البدل من المالک ومن سبقه فی الید، فیشتغل ذمّته إمّا بتدارک العین، وإمّا بتدارک ما تدارکها، وهذا اشتغال شخص واحد بشیئین لشخصین علی البدل، کما کان فی الأیدی المتعاقبهٔ اشتغال ذمّهٔ أشخاص علی البدل بشیء واحد لشخص واحد»[۱۶۱]. «علّت جواز رجوع سابق به لاحق این است که پیش از لاحق، شخص سابق در قبال بدل کالا مسؤولیت پیدا کرده است. از این رو، هنگامی که کالا به دست نفر بعد می‌رسد، وی- نفر بعد- ضامن چیزی خواهد بود که بدل دارد. (و بدل آن در ذمّه نفر قبل است) و معنای این ضمانت آن است که بعدی در قبال یکی از این دو- بدل و یا مبدل- علی سبیل البدلیهٔ و تخییر ضامن است؛ زیرا، متصوّر نیست که نفر بعد، فقط ضامن مبدل بوده و در برابر بدل مسؤولیت نداشته باشد؛ چه آن که در این صورت، بدل عنوان بدلیت را از دست خواهد داد.

پس، آن چه را که دومّی (ید لاحق) می‌پردازد، جبران چیزی است که بر عهده اولی (ید سابق) بوده، لیکن آن چه را که ید سابق می‌پردازد، جبران خود مبدل بشمار می‌رود؛ زیرا، هنوز جبران دیگری صورت نگرفته است. بنابراین، اگر شخص دوّم، آن را به مالک بدهد، ضرورت جبران از شخص اوّل ساقط می گردد. و صحیح نیست که شخص دوّم پیش از آن که شخص اوّل بدل را به

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۷

مالک بدهد به وی بدل را بپردازد. چرا که پرداخت بدل از سوی شخص دوّم به‌شخص اوّل از باب غرامت و جبران خسارت‌اوصورت می گیرد.

از این رو، پیش از آن که شخص اوّل تدارک نموده و بدل را به مالک بدهد، شخص دوّم مسؤولیت جبران خسارت او را ندارد. و این گونه نیست که همچون عوض چیزی که در ذمّه شخص اوّل باشد. (بلکه از باب غرامت و تدارک است). پس، باید گفت: وضعیت شخص اوّل، با شخص دوّم، دقیقاً مانند وضعیت ضامن با کسی است که ضمانت او را نموده است؛ و در این جهت که پیش از پرداخت بدهی از سوی ضامن، وی- ضامن- سزاوار آن نیست که مضمون عنه بدهی را به او بپردازد، تفاوتی بین مسأله ضامن و مضمون عنه و مسأله مورد بحث به چشم نمی‌خورد.

چکیده سخن آن که: کسی که مال در دست او تلف شده در قبال دو نفر (مالک و کسی که پیش از او بر مال مسلط گردیده است، یعنی ید سابق) به طور علی البدل، ضمانت دارد. و نیز ذمّه او یا مشغول به جبران عین است (نسبت به مالک اصلی) و یا به جبران نمودن چیزی است که شخص قبلی به عنوان تدارک و جبران پرداخته است (یعنی بدل).

و در واقع، این به معنای اشتغال ذمّه یک نفر به دو چیز در قبال دو نفر به طور علی البدل است؛ همان‌طور که در ایادی متعاقبه، ذمّه افراد متعدّد علی البدل به یک چیز و در قبال یک تن، مشغول است.

بنابراین، مرحوم شیخ انصاری قدس سره در حلّ مشکل می‌فرماید: در جایی که بعد از ید اوّل (سابق)، مال در اختیار ید دوّم (لاحق) قرار می گیرد، شخص دوّم علی سبیل البدلیّهٔ ضامن یکی از دو چیز است؛ یا ضامن عین مال است و یا ضامن بدل آن. نتیجه آن که نفر دوّم ضامن یکی از دو چیز، و در مقابل دو

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۸

شخص است؛ یا ضامن عین مال است در برابر مالک که از عین مال به مبدل تعبیر می‌شود؛ و یا ضامن بدل مال در برابر نفر اوّل است؛ و هر کدام از اینها را که ادا کرد، ضمان و مسؤولیت او برطرف می‌شود.

اشکالات وارد بر پاسخ شیخ انصاری رحمه الله

اشاره

مرحوم سیّد یزدی قدس سره در حاشیه کتاب مکاسب بر این نظر شیخ انصاری رحمه الله اشکالات متعدّدی را وارد می کند که برخی از آن‌ها عبارتند از:

۱) اوّلین اشکالی که سیّد یزدی رحمه الله مطرح می‌نماید، این است که ضمان محتاج به سبب است و تاسبب آن محقّق نشود، ضمانی وجود نخواهد داشت.

در مورد عین مال، هرکدام از ید سابق و لاحق که بر آن، ید پیدا کنند، ضامن هستند؛ چرا که ید سبب برای ضمان است. اما این که مرحوم شیخ می گوید ید لاحق به بدل نیز ضامن است، دلیل آن چیست؟ در اینجا سببی از برای ضمان ید لاحق نسبت به بدل وجود ندارد.

به عبارت دیگر، ایشان می‌فرماید: تنها فرق بین ید سابق و لاحق در این است که قبل از مشغول شدن ذمّه لاحق، ذمّه فرد سابق مشغول شده است و إلّا هر دو باهم برابر هستند. حال، آیا مرحوم شیخ می‌خواهد بگوید بدل از توابع عین و مثل منفعت است؛ و از آنجا که خود عین مورد ضمان قرار گرفته، بدل آن نیز به دلیل تبعیّت از عین مورد ضمان قرار می گیرد.

سیّد یزدی رحمه الله می گوید: این سخن، نظر باطلی است و نمی‌توان گفت بدل از توابع عین است، و همانند منافع و نمائات نمی‌باشد؛ در منافع و نمائات این گونه است که قبض و اخذ عین، قبض و اخذ آن‌ها نیز هست و گرفتن عین کفایت می کند، و حال آن که در بدل چنین چیزی وجود ندارد و بدل- برخلاف منافع و نمائات- در فرض تلف عین است. بنابراین، نسبت به بدل، سببی از

قاعده ضمان ید، ص: ۱۷۹

برای ضمان نیست.

«أنّ ضمان العین الّتی لها بدل- أی عوض فی ذمّهٔ آخر- لا یقتضی ما ذکره من ضمان واحد من البدل والمبدّل، کیف؟

والبدل لم یتحقّق فیه سبب الضمان؛ إذ لم یثبت‌تحت ید الضامن، ولا أتلفه ولا غیر ذلک، فلا وجه لکونه مضموناً.

ودعوی کونه من توابع العین کماتری؛ إذ لیس هذا من شؤون العین کالمنافع والنماءات المتجدّدهٔ؛ حیث إنّها مقبوضهٔ بتبعیّهٔ قبض العین، بخلاف التدارک الثابت فی ذمّهٔ السابق فإنّه لیس مقبوضاً للاحق أصلًا، فلا وجه لضمانه له، وهذا واضح جدّاً»[۱۶۲].

۲) بر فرض که از اشکال قبل صرف‌نظر کنیم و بگوئیم به بدل نیز ضمان تعلّق می گیرد، لیکن این سؤال مطرح می‌شود که چرا شخص لاحق در مقابل ضامن اوّل نسبت به بدل ضمان دارد؟ مگر بدل عین به مالک مربوط نمی‌شود؟

ضامن اوّل نیز ضامن بدل است، و در مقابل مالک ضامن است؛ یعنی بدل از برای مالک است و چیزی به عنوان ضامن اوّل نداریم که بگوئیم مال اوست؛ نتیجه آن که باید گفته شود ضامن دوّم و ید لاحق نسبت به بدل نیز در مقابل مالک ضامن است و نه در مقابل ید سابق و ضامن اوّل.

«لو سلّمنا ذلک کان مقتضاه ضمانه لمالکه، وهو مالک العین، لا لمن علیه البدل، فإنّ البدل الّذی فی ذمّهٔ السابق إنّما هو لمالک العین، فبدله وهو ما فی ذمّهٔ اللاحق أیضاً یکون للمالک، وهو من له البدل، ولا وجه لکونه لمن علیه البدل، وهو الضامن السابق، وهذا أیضاً واضح»[۱۶۳].

۳) اشکال سوّمی که مرحوم سیّد قدس سره مطرح می کند، این است که اگر مال از ید

قاعده ضمان ید، ص: ۱۸۰

سابق به ید لاحق برسد، طبق بیان مرحوم شیخ قدس سره، ید لاحق، هم بدل و هم مبدل را ضامن است؛ حال، اگردوباره ید سابق مال را از ید لاحق بگیرد و در دست او مال تلف شود، لازمه سخن شیخ انصاری رحمه الله این است که هرچند مال در دست نفر اوّل تلف شده است، اما او (نفر سابق) می‌تواند به لاحق و نفر دوّم مراجعه و خسارت و غرامت دریافت کند؛ و این لازمه، واضح البطلان است؛ زیرا، همان کسی ضامن است که مال در دست او تلف شده است.

«أنّ لازم ما ذکره أن یکون فی مسألهٔ ضـمان الاثنین لواحد بناءً علی صـحّته للضامن الأوّل الرجوع علی الضامن الثانی إذا رفع العوض إلی المضمون له، فـإنّ الثـانی قـد ضـمن ما له بـدل فی ذمّـهٔ الضامن الأوّل، مع أنّه لیس له ذلک، بل إنّما یرجع إلی المضـمون عنه لو ضمن بإذنه، ولو کان متبرّعاً فلا یرجع علی أحـد، وأیضاً فی ضـمان العهدهٔ وضـمان الأعیان المضـمونهٔ إذا قلنا بجواز الرجوع إلی کلّ من الضامن والمضـمون عنه کما استظهره المصـنّف منهم یلزم جواز رجوع المضـمون عنه إلی الضامن إذا فرض رجوع المالک علیه، ولا یمکن الالتزام به ...»[۱۶۴].

مرحوم سیّد یزدی قـدس سـره غیر از این سه اشـکال، چهـار اشـکال دیگر نیز مطرح می‌کننـد که جهت اطلاع از آن‌ها خود مراجعه کنید.

اما مهمترین اشـکالی که در اینجا وجود دارد و در گذشته نیز بیان کردیم، این است که اصلًا قوام اشکال به مسأله تلف و بدل نیست تا اشـکال را در این فرض پاسخ گوئیم، بلکه قوام اشکال در صورت بقای عین مال است؛ و آن این که اگر عین مال از ید اوّل به ید دوّم و همین‌طور چندین نفر دیگر انتقال پیدا کرد، چرا ذمّه تمامی آن‌ها مشغول می‌شود، با این که مال واحد است؟

قاعده ضمان ید، ص: ۱۸۱

بنابراین، پاسخ و راه حلّی را که مرحوم شیخ انصاری قدس سره بیان می‌کنند، نیز تمام نبوده و دچار اشکال است.

۵- پاسخ پنجم به اشکال ثبوتی

برخی دیگر از بزرگان و از جمله والد معظّم[۱۶۵] مسأله را از راه اعتبار حل کرده و می‌گویند: اشکالی ندارد که ذمم متعدّده نسبت به مال واحد اشتغال پیدا کند؛ چرا که این مسأله یک امر اعتباری است و شارع مقدّس می‌تواند چنین اعتباری را لحاظ کند.

ایـن پاسخ نیز به نظر مـا اشـکال دارد؛ درست است که اعتبـار، خفیـف المؤونه و کم زحمت است، لیکن بایـد گفت که اعتبـار هم ملاـک لاـزم دارد و به محض آن که یـک امری اعتبـاری شـد، نمی‌توان هر چیزی را بر آن بـار کرد. مگر ملکیت یـک امر اعتباری نیسـت؟، چگـونه اسـت که در آن‌جـا نمی‌شـود یـک مـال واحـد در زمـان واحـد به طـور مسـتقل از برای دو نفر در عرض یکـدیگر بالاسـتقلال باشـد، در این بحث نیز به همین صورت است؛ و امکـان نـدارد که ذمم متعـدده در آن واحـد بـاهم مشـغول باشـند. و از طرفی، اشـکال دوّم این است که تمـام بحث در چگونگی و کیفیّت همین امر اعتبـاری است، و به دنبـال این مطلب هستیم که شـارع مقدّس بر حسب ادلّه اثباتی ذمّه‌های متعدد را نسبت به مال واحد مشغول می‌بیند، چگونه آن را اعتبار فرموده است.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۸۲

بنابراین، اعتبار، ملاک می‌خواهد و بدون آن نمی‌شود مطلبی را درست کرد.

جمع‌بندی و بیان پاسخ برگزیده

روشن شـد که هیـچ یک از پاسـخ‌های داده شده، خالی از اشـکال و مناقشه نیست؛ اما بعد از ملاحظه همه آن‌ها، به نظر می‌رسد که جواب مرحوم آخوند خراسانی به واقع نزدیک‌تر باشد. توضیـح مطلب: آن چه به عنوان مشکل مطرح است، وجود ضمان‌های متعدّد در عرض یکـدیگر است که بـاعث مشـغول شـدن ذمّه‌هـای متعـدّد در عرض یکـدیگر می‌شود. در این جهت می‌توانیم ضـمان را به واجب کفایی تنظیر نماییم؛ به این صورت که اگر یکی از آن‌ها ذمّه‌اش را نسبت به آن مال بری کند، از دیگر ذمّه‌ها ساقط می‌شود. اشـکال مهمّ بر نظریّه مرحوم آخونـد همان مطلبی است که در کلام محقّق نائینی قدس سـره آمده، و آن این که: لازمه کلام مرحوم آخوند، وجودِ ضمان معلّق و غیر فعلی است، و چنین ضمانی، در حقیقت، به معنای عدم ضمان است.

شایـد بتوان از این اشـکال جواب داد؛ به این بیان که: ضـمان در هر یک از ایادی، به صورت منجّز و بالفعل محقّق است؛ نهایت این که، اگر یکی از این اشـخاص آن را ادا کند، ذمّه دیگران بری می‌شود؛ و معنای این کلام، ضمان معلّق و غیر فعلی نیست. به عبارت دیگر، بر مرحوم نائینی اشکال می‌کنیم که چرا بین حکم تکلیفی و حکم وضعی فرق گذاشته‌اید، و چرا معنای موجودِ واجب کفایی را در حکم تکلیفی صحیح دانسته‌اید، اما در مورد حکم وضعی فرموده‌اید که این معنا محصّلی ندارد؟!

نتیجه آن که، نه تنهـا این معنا قابل تصویر در حکم وضـعی ضـمان است، بلکه موجب تعلیقی بودن آن نیز نمی‌شود. بنابراین، مالک می‌تواند به هر کدام از صاحبان ید مراجعه کند، عین مال و یا بدل آن را دریافت کند.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۸۳

امـا مسأله رجوع لاحق به سابق، فقط در صورتی مطرح است که غرور و فریب وجود داشته باشـد؛ و این مطلب، ارتباطی به حـدیث علی الید و ضـمان مستفاد از آن ندارد. تنها مطلبی که باقی می‌ماند، این است که چرا دیگران می‌توانند به کسی که مال نزد او تلف شده است، رجوع کرده و خسارت از او دریافت کنند؟

اگر کسـی که مال نزد او تلف شده، نسبت به دیگران عنوان غارّ (فریب‌دهنده) را داشته باشد، بحثی نیست و مطلب روشن است؛ اما اگر این شـخص چنین عنوانی نداشـته باشـد، شاید بتوان گفت: رجوع به او از این جهت است که وی می‌توانست با ادا کردن مال به مالک، ذمّه همه را بری کنـد؛ لیکن در این امر، تعلّل ورزیـد و از انجام آن خودداری کرد. در حقیقت، از نظر عقلایی، مسؤولیت او بیش از دیگران است؛ و به همین جهت، دیگران می‌تواننـد در صـورت عـدم غرور به او مراجعه نماینـد. البته، توجّه شود که بین این مطلب و آن چه که در گذشته به عنوان قرار ضمان مورد مناقشه قرار دادیم، تفاوت است.

فصل دوّم: «اخذ»، «مأخوذ» و دیگر مفردات روایت

گفتار اوّل: اعتبار اخذ و قبض در ضمان

از نکات قابل بحث در این حدیث، آن است که آیا لازم است شخص ضامن، مال را از دیگری به نحو عدوانی اخذ و یا قبض نموده باشـد، یا آن که این عنوان خصوصـیت نـدارد و چنان چه مالی در اختیار کسـی باشـد بدون آن که از طرف مالک و یا شارع مأذون باشد، باز هم مسأله ضمان مطرح است؟.

بـا مراجعه به مواردی که فقهـا به این قاعـده اسـتدلال نموده‌انـد، ملاحظه می‌نماییم که ملاک مأذون نبودن از طرف مالک ویا شارع است؛ و عنوان اخـذ یا قبض، یک عنوان غالبی است که در این حـدیث آمـده است. از جمله مواردی که فقها به این قاعـده تمسـک کرده‌اند و عنوان اخذ و قبض در آن خصوصیت ندارد، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف- در باب زکات، فقها فتوا داده‌اند که چنان چه مالک، زکات را از مال

قاعده ضمان ید، ص: ۱۸۶

خویش جـدا کنـد و کنار بگـذارد تا آن را به مسـتحق برساند؛ در صورتی که تمکّن و توانایی این امر را داشـته باشد و انجام ندهد، ضامن است؛ و برای ضمان، به عموم قاعده علی الید استدلال شده است.

مرحوم شهید اوّل قدس سره آورده است:

«لو عزل المالک الزکاة إمّا وجوباً عنـد ادراک الوفاة أو نـدباً، فإن لم یکن تمکّن من الإخراج فلا ضـمان مع التلف وإلّا ضـمن لقاعدة الید».[۱۶۶]

ب- نیز در باب زکات آمده است که اگر مالک، با وجود مسـتحقّ در شهر، زکات را به بلد و شهر دیگری منتقل کند و در راه، این

مال تلف شود، ضامن است؛ در این مورد نیز برای ضمان به قاعده علی الید استدلال شده است.

ج- اگر مالک، زکات را به شخص غنی بپردازد، اعمّ از این که نسبت به حرمت این عمل، جاهل باشد و یا این که از روی علم و عمد آن را انجام دهد، لازم است از او پس بگیرد؛ و چنان چه مال تلف شود، ضامن است.

د- در کتاب خمس آمده است: چنان چه خمس مال، بعد از استقرار آن، تلف شود، ضمان وجود دارد؛ و برای ضمان به عموم علی الید استدلال شده است.[۱۶۷]

گفتار دوّم: مراد از مال مأخوذ چیست؟

از نکات دیگر قابل طرح در بحث از این قاعده، آن است که مراد از مأخوذ یا مقبوض چیست؟ آیا لازم است که مال اخذ شده از اموال آدمی باشد که متعلّق ملك یا حق آنان است، یا این که قاعده به این عنوان اختصاص ندارد و بلکه در مورد غیر اموال آدمی نیز جریان دارد؟

با مراجعه به کلمات فقها استفاده می‌شود که چنین اختصاصی وجود ندارد؛

قاعده ضمان ید، ص: ۱۸۷

بلکه در برخی از موارد، نسبت به صید در حال احرام به آن تمسّك شده است.

مرحوم علّامه قدس سره در کتاب منتهی آورده است:

«لو ملك صيداً فی الحلّ بأحد أساليب التملّك فلا يُحرم حتّى يحليّه ولا يدخل معه الحرم فإن أدخله زال ملكه عنه ووجب إرساله لأنّ الحرم مأمن له وهذا الحكم مقطوع به فی كلام الأصحاب وأسنده العلّامة فی المنتهى إلى علمائنا مؤذناً بدعوى الإجماع عليه فلو أهمل فی الإرسال ومات قبل إرساله ولو لآفة سماوية أو أتلفه وجب عليه ضمانه»[۱۶۸].

در استدلال بر ضمان در این فرض که محرِم صید را رها ننموده و در دست او تلف شده است، علاوه بر روایات موجوده مانند صحیحه‌ی بکیر[۱۶۹] و اجماع، به قاعده‌ی علی الید نیز استدلال شده است. علّامه رحمه الله در منتهی آورده است:

«أنّه تلف تحت اليد العادية فلزمه الضمان كمال الآدمی»[۱۷۰].

هم‌چنین مرحوم صاحب جواهر قدس سره آورده است:

«لكونه حينئذ مضموناً بالدخول تحت اليد العادية فكان كالمغصوب»[۱۷۱].

به نظر می‌رسد استدلال به قاعده علی الید در چنین موردی صحیح نباشد؛ زیرا، در چنین فرضی، غایت که عبارت از «حتّى تؤدّيه» باشد، امکان تحقّق ندارد؛ و اگر واقعاً ضمان وجود داشته باشد، به چه کسی باید ادا نماید؟

قاعده ضمان ید، ص: ۱۸۸

مگر این که فرض کنیم صیدی را قبلًا از شخص مُحلّ که مالك بوده، اخذ نموده است.

حق آن است که در چنین موردی- که صید در دست مُحرم تلف می‌شود- مُحرم باید کفّاره آن را بپردازد و بین ضمان و کفّاره فرق واضح و روشنی وجود دارد. از این جهت، در روایت وارده در این مورد، تعبیر به «فداء» شده است.

«سألت أحدهما عليهما السلام عن رجل أصاب طيراً فی الحلّ فاشتراه فأدخله الحرم فمات؟ فقال: إن كان حين أدخله الرحم خلى سبيله فلا شیء عليه، وإن كان أمسكه حتّى مات فعليه الفداء»[۱۷۲].

گفتار سوم: لزوم مالیّت داشتن مأخوذ

پرسش دیگری که وجود دارد، این است که آیا لازم است مأخوذ مالیّت داشته باشد؟. ظاهر این است که عنوان «ما أخذت» یا «ما

قبضت» اختصـاص به موردی که شـیء مالیّت داشته باشـد، نـدارد؛ بلکه چنان چه چیزی که از نظر عرفی و عقلایی مالیّت نـدارد نیز مورد غصب واقع گردد، این حـدیث در آن مورد هم جریان پیدا می کند. به عنوان مثال، چنان چه یک دانه و یا دو دانه گندم که از نظر عرفی مالیّت نـدارد و در مقابل آن مالی پرداخت نمی‌شود، مورد غصب قرار گیرد، به مقتضای حدیث علی الید ردّ آن به مالک واجب است.

مرحوم محقّق ثانی قدس سره در جامع المقاصد آورده است:

«أنّ أجزاء الملک وإن بلغت القلّـة مملوکة قطعاً، ولا یجوز لأحد إنتزاعها غصـباً، ویجب ردّ العین، ومع التلف فالمثل، لعموم «علی الید ما أخذت»[۱۷۳].

قاعده ضمان ید، ص: ۱۸۹

گفتار چهارم: مقصود از اداء چیست؟

اگر چنـان چه مال غیر، در جهتی اسـتفاده شود که از نظر عرف، جـدا کردن آن مال از آن جهت، عادتاً ممکن نباشـد، مثلًا چنان چه کسـی آهن یا آجری را غصب کند و از آن در یک ساختمان اسـتفاده کند، به خصوص که آن ساختمان، ساختمان بزرگی باشد؛ یا مثلًا نخی را در دوختن لباس و یا جرّاحی انسان و حیوانی به کار برده است؛ و یا آن که به واسطه مخلوط و ممزوج نمودن آن چیز با مـال دیگری، برگردانـدن مـال زا نظر عرف متعـذّر باشـد، تکلیف آن به چه صورتی است؟ در این که با این عمل، شـخص مرتکب حرام و معصـیت شده، تردیدی وجود ندارد؛ اما سؤال این است که در چنین مواردی آیا ردّ عین، که مستلزم تخریب ساختمان بسیار عظیم بوده، واجب است؟ یا این که می‌توان گفت چنین مواردی، در حکم تلف است و باید مثل و یا قیمت آن را پرداخت نمود؟.

تردیـدی نیست که چنان چه بازگردانـدن مال موجب تلف نفس محترم و یا حیوانی گردد، جایز نیست که عین مال را بازگردانـد؛ و از مواردی است که امتناع شـرعی دارد؛ «والممتنع شـرعاً کالممتنع عقلًا». همان طور که تردیدی نیست اگر غاصب، این مال را با مال شخص سوّمی مرتبـط سـازد، مثلًا آن را در ساختمـان دیگری به کـار ببرد، در حکم تالف است و غاصب بایـد بـدل آن را به مالک بپردازد.

نزاع و محـلّ کلاـم در موردی است که غاصب آن مال غصبی را در ساختمان و اموال مربوط به خود به کار ببرد. فقها در این فرض بیان داشته‌اند:

قاعده ضمان ید، ص: ۱۹۰

«لو غصب ساجة[۱۷۴] فادرجهـا فی بنائه أو بنی علیه، لم یملک الغاصب الساجة، وکان علیه ردّها إلی مالکها وإن کان فی ذلک قلع ما بناه فی ملکه»[۱۷۵]. چنان چه کسـی چوبی را غصب کنـد و در ساختمان بکار ببرد، مالک آن چوب نمی‌شود و واجب است آن را به مالک رد نماید؛ هر چند که ردّ آن مستلزم از بین بردن ساختمان باشد.

از میـان علمای عامّه، شافعی[۱۷۶]، مالک[۱۷۷] و احمد[۱۷۸] همین نظریّه را دارنـد؛ لیکن ابوحنیفه بـا این نظریّه مخـالفت کرده، و تصریح نموده است: ردّ ساجه واجب نیست و بکله شخص غاصب باید قیمت آن را بپردازد.

شیخ طوسی رحمه الله در خلاف[۱۷۹] و ابن ادریس در سرائر[۱۸۰]، یکی از ادلّه‌ی فتوای خود را حـدیث علی الید قرار داده‌اند. اما به نظر می‌رسـد در چنین موردی، عرف، حکم به تلف می کنـد؛ دلیل اوّل: چوب یا آجر و یا آهنی که در یک ساختمان به کار رفته است، از نظر عرف در حکم تلف است؛ و در این صورت، نوبت به مثل و یا قیمت می‌رسـد. به عبارت دیگر، غایت در این حـدیث، اداء است، به شرط آن که از نظر عرف، امکان ادا باشد؛ و در چنین مواردی، امکان ادا عرفاً وجود ندارد.

مرحوم محقّق بجنوردی به این نظریّه تمایل پیدا کرده‌اند.[۱۸۱] ایشان پس از آن که نقل می‌کنند فقها در چنین مواردی قائل به وجوب ردّ شده‌اند، آورده‌اند:

قاعده ضمان ید، ص: ۱۹۱

«ولکن الإنصاف، أنّ الإلتزام بهذا مشکل ویأباه الذوق الفقهی خصوصاً إذا کان موجباً لضرر مالی عظیم کما إذا کان المغصوب خشبهٔ وصغها الغاصب فی أساس بنائه بحیث یکون ردّها موجباً لهدم ذلک البنیان العظیم، فالاولی أن یقال بأنّه فی حکم التلف إن کان التعذّر دائمیّاً ومورد بدل الحیلولهٔ إن کان موقتاً».

انصاف آن است که التزام به این قول مشکل بوده، و ذوق فقهی آن را برنمی‌تابد؛ به خصوص آن که موجب ضرر مالی بسیار بزرگی شود؛ مانند این که مال غصب شده چوبی باشد و غاصب آن را در پی و اساس ساختمان به کار برده باشد، و بازگرداندن عین آن چوب باعث ویرانی آن ساختمان عظیم شود. در این صورت، سزاوارتر آن است که گفته شود: این موارد در حکم تلف است، در صورتی که تعذّر دائمی باشد؛ اما اگر تعذّر موقّتی باشد، غاصب باید بدل حیلوله بپردازد.

دلیل دوّم: آن است که بعید نیست در چنین موردی از قاعده لا ضرر نیز استفاده شود؛ به این بیان که حکم شارع به قَلع بنایی که بسیار عظیم بوده و مخارج زیادی برای او پرداخت شده است، جهت رد نمودن یک آجر و یا یک شاخه آهن، حکم ضرری است، که به موجب این قاعده، مورد نفی واقع شده است؛ و در موردی که برای عین، بدلی مانند مثل یا قیمت وجود دارد، با جریان قاعده لا ضرر می‌توان گفت که دیگر ردّ عین لازم نیست.

از همین فرع، می‌توان نظیر آن را نیز استفاده کرد؛ و آن این که اگر رد عین مال مستلزم مخارج زیادی باشد، مثلًا عین را در یکی از نقاط بسیار دور دست قرار داده است که از نظر عرف باید صدها برابر قیمت آن را خرج کند تا بتواند آن مال را بدست آورد و به مالکش برگرداند؛ در این فرض هم می‌توانیم بگوئیم عین مال در حکم شییء تلف شده است، و نوبت به مثل یا قیمت آن

قاعده ضمان ید، ص: ۱۹۲

می‌رسد. دلیل این فرع هم همان دلیل فرع گذشته است، و باید اینطور بیان نمائیم که غایت در حدیث، در صورتی است که ادا از نظر عرف ممکن باشد.

آری، در صورتی که عین مال موجود باشد، و لیکن غاصب در آن تغییری ایجاد نموده است؛ مانند این که گندمی را غصب نموده و آن را تبدیل به آرد و نان نموده است، یا این که گوسفندی را غصب نموده، آن را ذبح کرده و به اجزای مختلفی تقسیم نموده است؛ در این صورت، از نظر عرف، ردّ و ادای عین مال امکان دارد و می‌توان به حدیث علی الید استدلال نمود؛ و همان طور که متقدّمین و متأخّرین از فقهای شیعه[۱۸۲] و کثیری از فقهای عامّه مانند شافعی و احمد[۱۸۳] فتوا داده‌اند: لازم است عین مال را به مالک ردّ نماید و ارش و تفاوت را نیز به او بپردازد، و اگر با تغییر ازدیاد قیمت پیدا کرد، غاصب استحقاق چیزی را ندارد.

مطلب دیگر، آن است که اگر مال مالک با مال شخص دیگری مخلوط و یا ممزوج شود، در این صورت، چنان چه استهلاکی[۱۸۴] واقع شده باشد، مانند این

قاعده ضمان ید، ص: ۱۹۳

که: مال مالک نمک باشد و این نمک با خمیری مخلوط شود؛ این صورت، در حکم تلف است، و غاصب باید بدل آن را به مالک بپردازد؛ و چنان چه استهلاکی واقع نشده باشد، اما قابل جدا کردن از یکدیگر نباشند، در این جا به صورت کلّی دو صورت وجود دارد: اوّل آن که، هر دو مال از نظر قیمت مساوی با یکدیگرند؛ در این فرض، تردیدی نیست که شرکت به نسبت مقدار هر کدام از دو مال است؛ اگر مال یکی دو برابر مال دیگری باشد، در مال مخلوط شده نیز به همین نسبت- نسبت یک سوم و دو سوم- شراکت حاصل است.

صورت دوّم، این است که آن دو مال مخلوط شده، از نظر قیمت با یکدیگر مساوی نباشند؛ مانند این که: یکی دارای یک کیلو برنج غیر مرغوب به قیمت ۱۵۰۰ تومان و دیگری دو کیلو برنج مرغوب به قیمت ۳۷۵۰ تومان داشته باشد؛ در این صورت، تردیدی نیست که شرکت قهری بین این دو طرف حاصل می‌شود. اما در مقدار شرکت بحث است. در این‌جا نیز دو فرض متصوّر است:

فرض اوّل این است که: مخلوط شدن دو مال به توسط شخص غاصب انجام نگیرد؛ و بلکه خود به خود آن دو مال مخلوط شوند، و یا آن که توسط شخص دیگری که غاصب نیست این دو مال مخلوط شوند، مانند مواردی که به اشتباه امتزاج صورت می گیرد و غصبی نیز در کار نیست. در این فرض، اگر بخواهیم بگوییم نسبت هر کدام از مال‌ها در مال ممزوج همان نسبت قبل است، مستلزم ربا خواهد شد؛ زیرا، در مثال فوق، نسبت دوّمی به اوّلی دو برابر است، و اگر همان نسبت انجام شود، نتیجه آن می‌شود که مالک مالی را داده و در مقابل، از همان جنس با اضافه دریافت نموده، و این مستلزم ربا است.

بنابراین، در این فرض، لازم است قیمت هر کدام را نسبت به یکدیگر محاسبه نموده، و سپس، قیمت مجموع را نیز به دست آوریم؛ و در مرحله سوم، نسبت اوّل را از مجموع کسر نماییم؛ چون نسبت اوّل آن است که قیمت

قاعده ضمان ید، ص: ۱۹۴

دوّمی دو برابر و نیم اوّلی است، در قیمت مجموع باید همین را ملاحظه کنیم؛ لذا، دو برابر و نیم از مال مخلوط شده مربوط به شخصی که دارای برنج مرغوب بوده می‌شود، و بقیه مال به مالک برنج غیر مرغوب داده می‌شود.

حال، در مثال فوق، اگر قیمت برنج مخلوط شده ۳۳۰۰ تومان باشد، باید آن را سه قسمت کرد و دو قسمت نیم را به مالک برنج مرغوب داد که می‌شود ۲۷۵۰ تومان، و نیم قسمت را به مالک برنج غیر مرغوب داد که می‌شود ۵۵۰ تومان؛ و به همین قسمت از عین مال شریکند؛ یعنی از برنج مخلوط شده به مقدار ۵۵۰ تومان به مالک برنج غیر مرغوب، و به مقدار ۲۷۵۰ تومان به مالک برنج مرغوب داده می‌شود. مرحوم محقّق بجنوردی نیز در این فرض، همین نظریّه را بیان می‌کنند. عبارت ایشان این است:

«فلابدّ وأن تکون الشرکة بنسبة قیمة المالین فی قیمة مجموع الممتزجین، لا فی نفس الممتزجین کی لا یلزم الربا»[۱۸۵].

فرض دوّم، این که مخلوط شدن دو مال توسط شخص غاصب انجام پذیرد؛ این فرض نیز دارای دو صورت است، و آن این که: غاصب یا آن مال را با مال خودش مخلوط می‌کند و یا با مال دیگر آن را مخلوط می‌سازد.

در صورت اوّل، یا مال غاصب از مال مالک بهتر است و یا عکس آن است؛ در قسم اوّل که مال غاصب بهتر است، ظاهر آن است که نسبت به مقدار هر دو مال شراکت حاصل می‌شود؛ مثلًا اگر قبل از مخلوط شدن، مال غاصب یک کیلو و مال مالک دو کیلو بوده است، بعد از مخلوط شدن، نسبت به مال موجود، همین نسبت برقرار است؛ یعنی دو سوم مربوط به مالک و یک سوم مربوط به غاصب است؛ و اگر اشکال شود که این دو سوم مالک قیمتش بیشتر از آن دو کیلوی قبل از مخلوط شدن است، در پاسخ گفته‌اند: این اضافه رزقی

قاعده ضمان ید، ص: ۱۹۵

است که خداوند قسمت او نموده است.[۱۸۶]

اما به نظر می‌رسد که این مطلب صحیح نباشد؛ و در این صورت نیز ربا لازم می‌آید؛ بنابراین، در این قسم نیز باید همانند فرض اوّل از فروض مسأله عمل نمود؛ و نسبت قیمت هر کدام از دو مال به یکدیگر را بررسی کرده و به همان نسبت، از مجموع قیمت به هر یک داده شود؛ تا نسبت به مالک اضافه‌ای و نسبت به غاصب نقصانی پیش نیاید.

اما در قسم دوّم که مال مالک بهتر است، ظاهر آن است که این قسم نیز همان حکم قسم اوّل را دارد و نمی‌توان بین این دو فرقی قائل شد. بنابراین، تفاوتی را که مرحوم محقّق بجنوردی بین این دو قسم از صورت اوّل بیان کرده‌اند، مورد قبول نیست.

صورت دوّم این فرض نیز آن است که غاصب مال مالک را با مال شخص دیگری غیر از خودش مخلوط کرده باشد؛ در این

صورت نیز هماننـد صورت اوّل، به نظر می‌رسـد که بـایستی قیمت هر کـدام از دو مـال را نسـبت به یکـدیگر ملاحظه کرد، و همان نسبت را از قیمت مجموع به هر یک از دو مالک بپردازیم.
نکته مهمّ آن است که استدلال و یا استیناس به این تعبیر که در مواردی زیاده قیمت را برای یکی از دو طرف بپذیریم، و دلیل آن را رزقٌ رَزَقه اللَّه تعـالی قرار دهیم، علاـوه بر این که فاقـد اعتبـار و اسـتناد فقهی است، بایـد گفت که چنین تعبیری، مصادره به مطلوب بوده و به هیچ عنوان صحیح نیست. واللَّه العالم.

گفتار پنجم: ظهور غایت مذکور در روایت، در ردّ تام

از دیگر مطالب مورد بحث در قاعده ضمان ید، آن است که از غایت مذکور در حدیث- «حتی تؤدّیه»- چه استفاده‌ای می‌شود؟ آیا از آن استفاده می‌شود که

قاعده ضمان ید، ص: ۱۹۶

مجرّد وصول و ردّ مال به مالک، در رفع ضـمان کفایت می‌کنـد، هر چنـد که مالک جاهل به موضوع باشـد؟ یا این که غایت ظهور در ردّ تـام و کامـل دارد، به این معنی که لاـزم است مالـک، علم به موضوع داشـته باشـد و سـلطنت کامـل بر مال خودش پیـدا کند وگرنه ادا تحقّق پیدا نکرده است؟.
تحقیق و حقّ در مسأله، قول دوّم است؛ به این دلیل که حـدیث ظهور دارد که بعد از ادا، مالک باید سـلطنت کامل و تامّی را بر مال خودش پیدا نماید؛ و چنان چه جاهل باشد، چنین سـلطنتی محقّق نخواهد شد. همان طور که اگر غاصب مقداری از مال را به مالک برگرداند و یااین که به مالک اجازه دهد تصرّفات محدودی نسبت به مال خودش داشته باشد، مثلًا به او بگوید هر روز می‌توانی این مـال را از این مکـان به آن مکـان معیّن انتقـال دهی و سـپس آن را به مکان قبل برگردانی، تردیـدی نیست که در این دو فرض، ادا محقّق نشده است.
بنابراین، از حدیث استفاده می‌شود مال باید به همان صورتی که قبل از غصب در اختیار مالک بوده، در اختیار او داده شود.
نتیجه آن که اگر غـاصب طعامی را غصب کنـد و سـپس همان طعام را در اختیار مالک قرار دهـد و او بخورد، بـدون آن که علم به موضوع داشته باشد، ضمان غاصب بر طرف نمی‌شود.

قاعده ضمان ید، ص: ۱۹۷

بخش سوم: تنبیهات قاعده‌ی ضمان ید

تنبیه اوّل: تأثیر علم و جهل نسبت به موضوع در قاعده

مسأله دیگری که در حـدیث «علی الیـد» از آن بحث می‌شود، این است که بر اساس اطلاق موجود در این روایت، در حکمی که از این دلیـل اسـتفاده می‌شود- وضـعی، یـا تکلیفی و یا اعمّ از این دو-، فرقی نیست که شـخص عالم باشـد به این که آن مال، مال غیر است و یـا جاهـل به این مسأله باشـد. و بایـد توجّه داشت که مقصود از علم و جهل در این بحث، علم و جهل به اصل حکم نیست؛ بلکه مراد علم و جهل به موضوع است. بنابراین، نبایـد این بحث را به بحث علم که یکی از شـرایط عامّه تکلیف است، مرتبط بدانیم و چه بسا، در برخی از کلمات بین این دو بحث خلط صورت گرفت است.
بنابراین، کسانی که از این حـدیث، فقط حکم وضـعی ضـمان را اسـتفاده می‌کننـد، بر این عقیده‌اند که در احکام وضـعیه، فرقی بین

علم و جهل نیست و شخص غاصب در هر دو صورت ضامن است؛ اما طبق مبنای بزرگانی چون محقّق نراقی و محقّق ایروانی رحمهما الله که از این حدیث فقط حکم تکلیفی وجوب

قاعده ضمان ید، ص: ۲۰۰

الردّ یا وجوب الحفظ را استفاده می‌کنند، آیا باز هم، چنین شمولی استفاده می‌شود؟.

ظاهر آن است که در این صورت نیز فرقی بین علم به موضوع و جهل به آن نیست؛ و دلیل در هر دو مبنا، آن است که در موضوع این حدیث، علم به غصب و یا جهل به آن اخذ نشده است.

تنبیه دوّم: جریان قاعده در منافع مستوفاهٔ و غیر مستوفاهٔ

اشاره

از دیگر مواردی که به این قاعده تمسّک شده است، مورد منافع مبیع در بیع فاسد است. در چنین معامله‌ای، مشتری علاوه بر این که لازم است عین مبیع را به بایع ردّ کند، چنان چه از منافع آن استفاده نموده باشد، باید عوض آن را به مالك عین بپردازد؛ و ظاهر برخی از عبارات فقها مثل ابن‌ادریس رحمه الله در سرائر آن است که این منافع نیز در حکم غصب است؛ و در نتیجه، در آن ضمان جریان دارد. بر این فتوا،- علاوه بر تمسّك به دو قاعده‌ی «حرمهٔ مال المسلم کحرمهٔ دمه» و «إنّ مال المسلم لا یحلّ إلّابطیب نفسه»، و این که تردیدی نیست همان گونه که بر اعیان، مالیّت صدق می‌کند، بر منافع نیز مالیّت صادق است؛ و بلکه می‌توان گفت: در حقیقت، مالیّت اشیا به سبب منافعی است که دارند، و عین مال با قطع نظر از منافع، مالیّت ندارد.- به عموم حدیث علی الید استدلال شده است؛ چنان چه «ما أخذت» را علاوه بر عین، شامل منافع هم بدانیم؛ به این بیان که: اوّلًا، منافع مستوفاهٔ از مصادیق مال است، و در عرف، در برابر آن، مال

قاعده ضمان ید، ص: ۲۰۲

پرداخت می‌شود؛ و ثانیاً، قبض عین، قبض منافع نیز هست و استیلای بر عین، استیلای بر منافع هم خواهد بود.

برخی از فقها در صدق اخذ و استیلای بر منافع به سبب قبض عین، اشکال کرده‌اند، در حالی که به نظر می‌رسد اوّلًا: از نظر عرف، تردیدی وجود ندارد که قبض و استیلای بر عین، مساوی با استیلای بر منافع نیز هست. شاهدش این است که در باب اجاره اعیان- چنان چه حقیقت آن را تملیك منفعت بدانیم- منفعت به سبب قبض عین، مورد قبض واقع می‌شود. و ثانیاً: در مباحث پیشین، از حدیث استفاده نمودیم که علی الید کنایه از تصرّف است، و اگر کسی در صدق قبض یا استیلا تردید نماید، در صدق تصرّف نسبت به منافع نمی‌تواند تردید داشته باشد؛ و عرف، به صورت واضح می‌گوید منافع عین در این مدّت در تصرّف شخص بوده است.

دیدگاه شیخ انصاری و سیّد یزدی رحمهما الله در مورد صدق اخذ بر منافع

از کلمات مرحوم شیخ اعظم انصاری رحمه الله در مکاسب، استفاده می‌شود که عنوان «اخذ» بر منافع صدق نمی‌کند:

«ولا إشکال فی عدم شمول صلهٔ الموصول للمنافع وحصولها فی الید بقبض العین لا یوجب صدق الأخذ، ودعوی أنّه کنایهٔ عن مطلق الإستیلاء الحاصل فی المنافع بقبض الاعیان، مشکلهٔ»[۱۸۷].

ظاهر آن است که شیخ انصاری قدس سره در این که حدیث کنایه از مطلق استیلا بوده و تمام انواع آن را شامل می‌شود، اشکال

می کند؛ و وجه اشکال عدم وجود دلیل بر چنین اطلاقی است؛ و یا آن که چنین اطلاقی خلاف ظاهر است. آری، ایشان، استیلای فی الجمله را می‌پذیرند.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۰۳

مرحوم سیّد یزدی در حاشیه، نسبت به این سخن مرحوم شیخ فرموده است:

«لا إشکال فیه أصلًا، إذ من المعلوم أنّ الأخذ لیس بمعنی القبض بالید، وإلّا لزم عدم الحکم بالضمان فی کثیر من الموارد، هذا مع أنّه یمکن أن یقال یکفی صدق الأخذ بالنسبهٔ إلی العین فی ضمان المنافع، فإنّ حاصل المعنی أنّ ما أخذت الید مضمونهٔ ویجب الخروج عن عهدتها ومن شؤون الخروج عن عهدهٔ العین أداء عوض منافعها کما أنّ من شؤونه أرش العیب ونحوه»[۱۸۸].

با توجّه به آن چه ذکر شد، حتی اگر بپذیریم «اخذ» نسبت به منافع صدق نمی کند، اما تردیدی نیست که استیلای بر عین، استیلای بر منافع هست؛ دقیق‌تر آن که، ذکر نمودیم: حدیث، کنایه از تصرّف است، و تصرّف در عین، ملازم و یا به معنای تصرّف در منافع است. بله، ممکن است گفته شود در استیلا یا تصرّف، مستولی علیه، بایستی وجود حقیقی ثابت داشته باشد؛ و حال آن که، منفعت، وجود بالفعل ندارد، و نمی‌توانیم استیلا و یا تصرّف بالفعل در آن تصوّر کنیم.

آری، می توان گفت: استدلال به قاعده علی الید، فقط در منافع مستوفاهٔ صحیح است، اما در منافع غیر مستوفاهٔ نمی‌توان به آن استدلال کرد؛ چه آن که، هیچ یک از عناوین تصرّف و یا استیلا و یا اخذ و قبض بر آن صدق نمی کند؛ و در چنین منافعی می توان به قاعده عقلائیه «من فوّت مال الغیر فهو له ضامن»- اگر کسی مال دیگری را از بین ببرد، چه عین و چه منفعت را ضامن است- که از مرتکزات و مسلّمات نزد عقلاـ بوده، و شارع مقدّس نیز آن را ردع ننموده است، تمسّک نمود. بنابراین، آن‌چه که در برخی کلمات آمده، مبنی بر این که

قاعده ضمان ید، ص: ۲۰۴

ممکن است از حدیث علی الید بر ضمان منافع غیر مستوفاهٔ استفاده نمود،- به این بیان که: منافع، هر چند منافع بالقوّهٔ- به واسطه اخذ عین مورد اخذ واقع می‌شود؛ و اگر زمانی بگذرد و مورد استفاده واقع نشود، صدق اتلاف بر آن می‌شود.- خالی از تحقیق و دقّت است؛ زیرا، همان گونه که بیان شد، از نظر عرفی، واضح است که بر چنین منافعی صدق اخذ، قبض، یا استیلا و یا تصرّف منتفی است؛ و اگر چنین عناوینی منتفی باشد، دیگر عنوان اتلاف به هیچ وجه صادق نیست؛ چه آن که، این عنوان متفرّع بر یکی از عناوین فوق است. فتدبّر.

دیدگاه فقیه محقّق والد معظّم در مورد منافع غیر مستوفاهٔ

فقیه محقّق والد معظّم «دام ظلّه» بر این نظرند که منافع غیر مستوفاهٔ نیز مورد استدلال به این قاعده است؛ و فرموده‌اند:

«وممّا ذکرنا تظهر دلالهٔ القاعدهٔ علی ضمان المنافع غیر المستوفاهٔ أیضاً، لأنّ الإستیفاء لا دخل له فی صدق الأخذ، فإنّ الأخذ تعلّق بالمنافع بتبع تعلّقه بالعین سواء استوفاها، کما إذا سکن فی الدار المأخوذهٔ، أم لم یستوفها، کما إذا لم یستفد من الدار المأخوذهٔ شیئاً»[۱۸۹].

به نظر، این فرمایش قابل مناقشه است؛ و آن این که، قضیه تبعیّت منافع به تبعیّت عین، یک اعتبار عرفی و عقلایی بوده، و در خصوص منافع مستوفاهٔ جریان دارد. به عبارت دیگر، اعتبار تبعیّت در منافع غیر مستوفاهٔ وجود ندارد؛ و به عبارت روشن‌تر، در موردی که منفعتی به فعلیّت برسد، و به اصطلاح استیفا شود، تبعیّت وجود دارد؛ اما در موردی که منفعت به فعلیّت نرسد، عرف، اعتبار تبعیّت نمی کند. شاهد بر این مطلب آن است که، بالاخره، بین

قاعده ضمان ید، ص: ۲۰۵

کسی که از خانه استفاده می‌کند و کسی که از آن استفاده نکرده، نزد عرف فرق است. بنابراین، آن چه را که این محقّق بزرگ فرموده‌اند، مبنی بر آن که در صدق اخذ، عنوان استیفا دخالت ندارد، مطلب صحیحی است؛ اما کلام در این است که آیا در این موارد، از نظر عرف، اعتبار تبعیّت می‌شود یا خیر؟ آری، اگر تبعیّت را یک امر اعتباری ندانیم، و بلکه آن را یک امر واقعی قهری بدانیم، در این صورت، فرقی بین استیفا و عدم آن، وجود ندارد.

دیدگاه محقّق اصفهانی و خویی رحمهما الله در مورد جریان قاعده در منافع

مرحوم محقّق اصفهانی در حاشیه مکاسب[۱۹۰] و به تبعیّت از ایشان، مرحوم محقّق خویی در مصباح الفقاهة[۱۹۱]، معتقدند که حدیث علی الید، اگر چه ممکن است از نظر صدر و تعبیر «ما أخذت» شامل منافع نیز بشود، اما با توجّه به آن چه که در ذیل روایت آمده- یعنی غایتی که بیان شده و آن عبارت «حتی تؤدّیه» است- شامل منافع نمی‌شود؛ زیرا، ادا، ظهور در ادای همان مال گرفته شده را دارد؛ و ردّ مأخوذ نسبت به منافع امکان ندارد؛ چه آن که، تا هنگامی که در خارج موجود نشود، مضمون واقع نمی‌شود.

مرحوم اصفهانی قدس سره فرموده است:

«إنّه لا تصدق التأدية فی المنافع مطلقاً، وظاهر قوله علیه السلام «حتّی تؤدّیه»، كون عهدة المأخوذ مغيّاةً بأداء نفس المأخوذ، والمنافع لتدرّجها فی الوجود لا- أداء لها بعد أخذها فی حدّ ذاتها، لا كالعین التی لها أداء فی حدّ ذاتها، وإن عرضها الاقناع إبتداء أو بقاءً، وفرض اتّحاد الموجود التدریجی مع المنفعة- فیصدق الأخذ بالاستیلاء علی طرف هذا الواحد والأداء بأداء طرفه الآخر- لا

قاعده ضمان ید، ص: ۲۰۶

یکاد یفید شیئاً، لأنّ المراد ضمان الفائت أو المستوفی، فأداء ما لم یفت ولم یستوف غیر مجد فی ارتفاع ضمان المأخوذ باستیفائه أو بالاستیلاء علیه مع فواته ...»[۱۹۲].

توضیح کلام محقّق اصفهانی قدس سره: ایشان چهار مطلب را در کلامشان بیان می‌کنند:

۱- در حدیث علی الید، ضمان و عهده مغیّی به ادا است؛

۲- مقصود از ادا، ادای خود آن چیزی است که مورد اخذ واقع شده است؛

۳- منافع به حسب ذات، قابلیّت ادا ندارد؛ زیرا، از امور تدریجیه هستند، و این تدرّج در وجود، سبب می‌شود که قابلیّت ادا را به حسب ذات نداشته باشند؛ به خلاف اعیان، که ذاتاً قابلیّت ادا دارد، هر چند که ممکن است به جهت عارض شدن مانعی، در ابتدا، یا از جهت بقا، قابل ادا نباشند؛

۴- در قسمت چهارم کلام، ایشان از یک سؤال مقدّری پاسخ داده‌اند، و آن این که: گرچه منافع وجود تدریجی دارند، اما این وجود تدریجی، به عنوان یک وجود واحد تلقّی می‌شود؛ بنابراین، چنان چه نسبت به یک طرف این وجود واحد، استیلا حاصل شود، می‌توان گفت با ادای طرف دیگر، ادا تحقّق پیدا می‌کند؛ یعنی: اگر آن طرف آخر را ادا کند، گویا که این وجود واحد ادا گردیده است.

محقّق اصفهانی رحمه الله در جواب فرموده‌اند: چنین فرضی نمی‌تواند مفید باشد؛ زیرا، مقصود از ضمان، ادای چیزی است که فوت شده و یا استیفا گردیده است؛ از این جهت، ادای چیزی که فوت و یا استیفا نشده باشد، در رفع ضمان شیء مستوفی و یا فائت کفایت نمی‌کند.

مقصود ایشان در این جواب آن است که حتی اگر نسبت به منافع نیز ادا

قاعده ضمان ید، ص: ۲۰۷

صدق کند، لکن ادا بایستی نسبت به یک چیزی که فوت و یا استیفا شده باشد، صورت پذیرد؛ بنابراین، ادای چیزی که فوت نشده

و یا استیفا نشده است، در رفع ضمان اثری ندارد.

اشکالات مرحوم امام به دیدگاه محقّق اصفهانی رحمه الله

فقیه اعظم امام خمینی رحمه الله[۱۹۳] ابتدا دو اشکال بر مرحوم محقّق اصفهانی قدس سره وارد نموده و سپس اساس اشکال ایشان را پاسخ داده‌اند.

اشکال اوّل: مطلبی است که خود مرحوم محقّق اصفهانی بیان کرده‌اند؛ ایشان تصریح کردند که اگر منافع را مفروض الوجود بگیریم، قابلیّت تملّک و استیلا را دارد، و در نتیجه، همین وجودی که تقدیراً به نحو وجود ثابت تلقّی شده است، شأنیّت ادا را دارد؛ به عبارت دیگر، اگر ادا را در مورد وجود واقعی متصرّم در نظر بگیریم، امکان ادا نیست، و اگر نسبت به وجود فرضی بگیریم، امکان و شأنیّت آن وجود دارد.

اشکال دوّم: امکان ادا نسبت به بعضی از فروض و خصوصیّات، در غایت کفایت می‌کند؛ و در تحقّق غایت، جمع خصوصیّات لازم نیست؛ البته مرحوم امام در ادامه، نسبت به این اشکال تأمّل فرموده‌اند.

اشکال سوم: در پاسخ به اساس اشکال محقّق اصفهانی رحمه الله نیز فرموده‌اند که حلّ اشکال مرحوم اصفهانی این است که آن چه در روایت علی الید مورد توجّه و عنایت قرار گرفته است، ضمان نسبت به مأخوذ است؛ و ذکر غایت تأثیر و دخالتی در آن نداشته، و بلکه برای تحدید موضوع است؛ به این معنا که ضمان به مال مأخوذی که تا کنون ادا نشده است، تعلّق پیدا می‌کند؛ اما در این روایت، نظری به امکان تأدیه و عدم امکان آن نیست، و حتی نظری به شأنیّت و

قاعده ضمان ید، ص: ۲۰۸

عدم شأنیّت تأدیه هم نیست. غایت در این حدیث، مانند غایتِ در حدیث «کلّ شیء هو لک حلال حتّی تعلم أنّه حرام بعینه»[۱۹۴] و حدیث «کلّ شیء نظیف حتّی تعلم أنّه قذر»[۱۹۵] است؛ در این دو روایت، حکم حلیّت و طهارت برای چیزی که مشکوک است، جعل شده، اما دیگر نظری به حصول علم ندارد، تا ادّعا شود که ظهور در موردی دارد که امکان حصول علم و شأنیّت آن باشد.

پاسخ استاد به اشکالات مرحوم امام

به نظر می‌رسد که اشکالات سه گانه مرحوم امام قابل جواب است؛

پاسخ اشکال اوّل ایشان آن است که مرحوم اصفهانی در انتهای کلام خود، این اشکال را مطرح کرده و پاسخ داده‌اند. ایشان در پاسخ آورده‌اند: با فرض وجود واحد، می‌توان مسأله ادا را تصویر نمود، اما مقصود از ضمان، یک نوع ادای خاص است؛ که عبارت باشد از ادای چیزی که فوت شده و یا استیفا گردیده است. اما ادای چیزی که فوت و یا استیفا نشده باشد، در رفع ضمان کفایت نمی‌کند. ایشان ادّعا کرده‌اند که نسبت به منافع، نه عنوان فوت و نه عنوان استیفا، هیچ یک محقّق نیست؛ چرا که عنوان فوت و یا استیفا باید به صورت واقعی و حقیقی باشد، و فرض آن‌ها کفایت نمی‌کند.

جواب از اشکال دوّم این که: همان طور که مرحوم امام در آخر اشکال، امر به تأمّل فرمودند، می‌گوییم ظاهر از غایت آن است که ادا به صورت فی الجمله کفایت نمی‌کند و ادا، بایستی با تمام خصوصیّات تحقّق پیدا کند.

پاسخ اشکال سوم نیز آن است که اولّا، به نظر می‌رسد در اشکال مرحوم اصفهانی، فرقی نیست که غایت را قید برای حکم قرار دهیم یا آن را قید برای

قاعده ضمان ید، ص: ۲۰۹

موضوع بدانیم؛ زیرا، در صورت دوّم هم موضوع مقیّد می‌شود به صورتی که ادا امکان داشته باشد؛ یعنی: موضوع ضمان عبارت

است از مال گرفته شده‌ای که ادای آن امکان داشته باشد؛ و این معنا در منافع وجود ندارد. آری، اگر ادا به عنوان قید مطرح نباشد و بلکه به عنوان ظرف باشد، دیگر مجالی برای این مطلب نخواهد بود.

ثانیاً، این که ایشان حدیث را به دو روایت دیگر- کلّ شیء لک حلال حتّی تعلم أنّه حرام بعینه، و کلّ شیء نظیف حتّی تعلم أنّه قذر- تنظیر فرمودند، مشکلی را حل نمی‌کند؛ چه آن که، در این دو حدیث موضوع، شیء مشکوک و غیر معلوم است؛ و غایت حلّیت و طهارت، عبارت است از علم به حرمت و یا نجاست؛ و روشن است که باید ملتزم شویم چنین غایتی به حسب واقع، امکان تحقّق را دارد؛ زیرا، در غیر این صورت، ذکر آن لغو خواهد بود.

ادامه سخن مرحوم امام خمینی رحمه الله

این فقیه عظیم الشأن، بعد از بیان سه اشکالی که بر مرحوم محقّق اصفهانی وارد کردند، دو مطلب دیگر نیز بیان می‌کنند؛ مطلب اوّل این که: اگر بخواهیم در این حدیث، بر ظاهر آن جمود کنیم و غایت را مربوط به حکم قرار دهیم، و ادّعا کنیم که در مأخوذ شأنیّت ادا لازم است، هم چنین مسأله سالبه به انتفای موضوع را که در منافع مطرح است را کنار گذاریم، باید در این فرض بگوییم: حدیث دلالت بر ضمان دارد تا هنگامی که عین در عالم خارج موجود و باقی است؛ و اگر از بین برود، دیگر ضمانی نیست؛ چرا که معدوم شأنیّت ادا ندارد، و عدم ادا در معدوم، از باب سالبه به انتفای موضوع است. از دیگر سو، نمی‌توانیم شأنیّت در زمان وجود را سبب قرار دهیم تا این که در زمان تلف، عنوان سالبه به انتفای محمول پیدا کند.

سپس، امر به تأمّل فرموده‌اند که ظاهراً اشاره به همان مطلب صفحه گذشته

قاعده ضمان ید، ص: ۲۱۰

از کتاب ایشان دارد؛ و آن این که: در حفظ ظهور غایت، ادای اجمالی و فی الجمله کفایت می‌کند، و لازم نیست ادا با تمام خصوصیّات و فروض تحقّق پیدا کند. البته ممکن است که اشاره به این معنا داشته باشد که چون عین از نظر عرف، دارای بدل است، و ادای بدل به منزله‌ی ادای مبدل است، بنابراین، در صورت تلف نیز شأنیّت و صلاحیّت ادا وجود دارد.

مطلب دوّم: چنان چه این غایت را قید حکم قرار دهیم، مفهوم حدیث، این قضیّه تامّه سالبه می‌شود که: «ما لم یؤدّ المأخوذ». در این قضیّه، موضوع عبارت است از مال مأخوذ، و محمول آن ادا است؛ چنان چه این جمله را یک جمله تامّه تلقّی نماییم، در این جمله، سلب محمول در زمان بقای موضوع است؛ و بنابراین، شأنیّت ادا دیگر ارتباطی به غایت و معنا ندارد.

به نظر می‌رسد که این برداشت از روایت، به صورتی که ادا و شأنیّت آن هیچ ارتباطی به غایت و معنا نداشته باشد، کاملًا خلاف متفاهم عرفی است؛ علاوه آن که، جمله‌ی «ما لم یؤدّ المأخوذ» را نمی‌توانیم به صورت قضیّه تامّه تلقّی نماییم، و هیچ وجه صحیحی ندارد، جز این که صرف فرض باشد.

اشکالات فقیه محقق والد معظّم بر دیدگاه محقّق اصفهانی رحمه الله

والد محقّق[۱۹۶] در نقد سخن مرحوم محقّق اصفهانی، دو اشکال بر آن وارد می‌کنند:

اشکال اوّل: ادای در منافع، هم ابتداءً و هم استدامةً صدق می‌کند؛ زیرا، همان طور که اخذ منافع به تبع اخذ عین است، ادای منافع ابتداءً نیز به تبع ادای عین است؛ اما به صورت استدامةً، باید در این فرض، منافع را نازل منزله‌ی تلف عین بدانیم؛ به این صورت که: همان گونه که ادای عین در فرض تلف، به

قاعده ضمان ید، ص: ۲۱۱

تحقّق ادای مثل یا قیمت است، ادای منافع نیز به ادای عوض آن است. به عبارت دیگر، از حدیث استفاده می‌شود که امکان تحقّق

غایت، هر چند ابتداءً باشد، در صحّت حکم کفایت می کند؛ چرا که، حتّی نسبت به اعیان، ادای خود آن‌ها در صورت تلف، امکان ندارد.

اشکال دوّم: اگر بخواهیم از حدیث، شرطیّت ادا- هر چند به صورت بقاء- را استفاده کنیم، لازمه‌اش آن است که برخی از اعیان، از دایره شمول این روایت خارج باشند؛ مانند اعیانی که به صورت تدریجی از بین می‌روند؛ هم چون یخ در تابستان. در این موارد، روشن است که ادا به صورت بقا امکان ندارد؛ از دیگر سو، کسی نمی‌تواند ادّعا کند که چنین موردی از این قاعده خارج است.

پاسخ استاد به اشکالات فقیه محقّق والد معظّم

به نظر می‌رسد اشکال اوّلی که ایشان بیان فرمودند، قابل جواب است؛ زیرا، اوّلًا، هیچ ملازمه‌ای وجود ندارد که اگر اخذ منافع به تبع اخذ عین باشد، لازم باشد که ادای منافع هم به تبع ادای عین باشد؛ و شاهد این مطلب آن است که اگر ادای منافع به ادای عین باشد، لازم می آید بعد از ردّ عین، دیگر، نسبت به منافع حتی منافع مستوفاۀ ضمانی نباشد؛ چه آن که به حسب فرض، منافع ادا شده است.

ثانیاً، انصاف آن است که تعبیر به عوض یا بدل، نسبت به منافع خالی از تسامح نیست؛ و هیچ گاه در عرف، چیزی به عنوان بدل منافع تلقّی نمی‌شود؛ و لذا، مسأله‌ی قیمی یا مثلی بودن فقط در اعیان است؛ اما در منافع، باید مسأله‌ی اجرت المثل را فقط مطرح نمود؛ و روشن است که بین اجرت المثل و عنوان بدل فرق است.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۱۲

ثالثاً، این که فرموده‌اند از حدیث استفاده می‌شود که تحقّق غایت، هرچند که ابتدایی باشد، در ضمان کفایت می کند، قابل مناقشه است؛ زیرا، علاوه بر این که لازمه این بیان آن است که در تحقّق غایت، امکان ادا- هر چند به صورت اجمال- کفایت می کند، در حالی که غایت ظهور در آن دارد که با تمام خصوصیّات باید تحقّق پیدا کند؛ این اشکال مطرح می‌شود که ممکن است در مقابل این ادّعا گفته شود که از حدیث استفاده می‌شود که قابلیّت ذاتی غایت در این حکم لازم است و این قابلیّت ذاتی در منافع وجود ندارد. و از همین بیان، ضعف اشکال دوّم ایشان نیز روشن می‌شود. فتدبّر.

تا این قسمت، روشن شد که اشکالات مرحوم امام خمینی و والد محقّق بر کلام مرحوم اصفهانی وارد نیست؛ و کلام ایشان، متین و محکم است. آری، فقط می‌توان این نکته را ذکر نمود که کلام مرحوم اصفهانی مبتنی بر آن است که ما نسبت به الفاظ وارده در این حدیث، تعبّد داشته، و آن را یک قاعده شرعی تعبّدی بدانیم؛ اما اگر بر خصوصیّات الفاظ تعبّدی نداشته باشیم، دیگر نمی‌توانیم به ظهور غایت استدلال نماییم؛ و نیز اگر این حدیث را ارشاد به یک امر عقلایی بدانیم، باید ببینیم که عقلا، ضمان را در منافع جاری می کنند یا خیر؟.

جریان قاعده در مال دارای منافع متعدّد

بحث دیگری که در منافع مطرح است، آن که: اگر مالی دارای منافع متعدّدی باشد، در این حالت، دو فرض مطرح می‌شود:

فرض اوّل: منافع متعدّد از نظر عرف قابلیّت اجتماع در زمان واحد را دارند، و عرف، در یک زمان واحد، همه‌ی آن منافع را استیفا می‌نماید. در این صورت، تردیدی نیست که بنا بر ضمان منافع، چه مستوفاۀ و چه غیر مستوفاۀ، شخص غاصب، ضامن همه این منافع است.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۱۳

فرض دوّم: مالی که دارای منافع متعدّد است، منافع آن در زمان واحد، قابلیّت اجتماع ندارند. در این فرض نیز صورت‌هایی مطرح

است:

الف- غاصب یک منفعت نادری را استیفا نموده، در حالی که خود مالک و یا در میان عرف، نفع مهم‌تری که قیمت بیشتری دارد را استفاده می کنند؛ به عنوان مثال: شخص غاصب، یک ماشین باری را غصب کند، لکن از آن استفاده باربری نکند. در این صورت، نمی‌توانیم بگوییم فقط منفعتی را که استیفا نموده باید بپردازد؛ بلکه قیمت منفعت استفاده نشده را هم باید بپردازد؛ مگر آن که بگوییم منافع غیر مستوفاۀ ضمان آور نیست.

ب- این که غاصب از هیچ کدام از آن منافع استفاده نکند؛ در این صورت، آیا این شخص، ضامن منفعتی است که از نظر عرف قیمت بیشتری دارد یا آن که ضامن یکی از منافع است به صورت تخییری؟ در این فرض نیز آیا تخییر به دست مالک است یا در اختیار ضامن است؟

مرحوم محقّق بجنوردی[۱۹۷] در این جا قائل به تفصیل شده‌اند. توضیح مطلب این است که باید ببینیم مستند و مدرک ضمان چیست؟ اگر دلیل ضمان را قاعده تفویت قرار دهیم، باید حکم کنیم منفعتی را که مالیّت بیشتر دارد، ضامن است؛ زیرا، از طرفی نمی‌توانیم تفویت جمیع منافع را به ضامن نسبت دهیم- چرا که فرض این است که منافع از حیث وجودی متضادّند و قابلیّت اجتماع ندارند-، و اگر غاصب هم در میان نبود، حصول جمیع ممکن نبود؛ بنابراین، شخص غاصب، جمیع منافع را ضامن نیست و بلکه منفعت دارای قیمت بیشتر را ضامن است.

اما اگر دلیل ضمان قاعده ید باشد، مرحوم بجنوردی در این فرض سخنی ندارند، لیکن والد محقّق که همین تفصیل را اختیار فرموده‌اند[۱۹۸]، بیان می کنند

قاعده ضمان ید، ص: ۲۱۴

که در این جا، هر چند که منافع با یکدیگر متضادّند، باید حکم کنیم که شخص غاصب جمیع منافع را ضامن است؛ زیرا، مطابق این قاعده، ملاک، تحقّق استیلا و صدق آن است؛ و استیلای بر جمیع منافع به تبع استیلای بر عین است؛ تضادّ در عالم وجود ارتباطی به استیلا که ملاک ضمان است، ندارد.

تحقیق در مسأله: به نظر می‌رسد که این استدلال صحیح نباشد؛ زیرا، گرچه ملاک در قاعده ید، طبق تفسیر مشهور، استیلا و سلطه است؛ اما در این استیلا و سلطه، باید متعلّق آن را از نظر عرف ملاحظه نمود. در چنین مواردی که مالی دارای منافع متضادّ است، عرف استیلای بر جمیع منافع را نمی‌پذیرد؛ و همان طور که در گذشته نیز بیان نمودیم، گرچه استیلای بر منافع به تبعیّت استیلای بر عین است، اما این تبعیّت یک امر اعتباری است و عرف، نسبت به همه منافع تبعیّت را نمی‌پذیرد.

بنابراین، این تفصیل نمی‌تواند مطابق با تحقیق باشد و صحیح آن است که در چنین صورتی که مال دارای منافع متضادّه است، غاصب، ضامن قیمتی است که مالیّت بیشتری را دارد؛ و فرقی نیست که دلیل ضمان را قاعده ید بدانیم، یا قاعده‌ی تفویت.

در این قسمت، بحث از منافع را به پایان می‌بریم. در بحث ضمان، مسأله قیمی و مثلی نیز مطرح است که در جای خود باید مورد بحث قرار گیرد، و از دایره این قاعده خارج است.

تنبیه سوم: بررسی شمول قاعده نسبت به حُرّ

اشاره

تردیدی نیست که حدیث علی الید همان گونه که شامل اموال خارجی می‌شود، شامل انسان بنده و عبد به عنوان این که یکی از

مصادیق اموال نیز می‌باشد. بنابراین، اگر کسی بنده‌ی دیگری را غصب کرد، طبق این حدیث، باید آن عبد را به صاحب و مالکش برگرداند؛ و چنان چه تلف شود، لازم است که قیمت او را بپردازد. لیکن اختلاف در این است که اگر شخص و یا حکومت، یک انسان حرّ و آزادی را در اختیار بگیرد و به عنوان مثال او را برای مدّتی زندانی کند، آیا این حدیث شامل چنین موردی نیز می‌شود؛ به صورتی که دلالت بر لزوم ادا و ردّ آن شخص در صورت بقا، و پرداخت دیه کامل او در صورت تلف داشته باشد؟ علاوه بر این، اختلاف دیگری که وجود دارد، این است که آیا گیرنده، ضامن منافع این شخص آزاد می‌باشد یا خیر؟ بنابراین، لازم است که بحث را در دو مقام دنبال کنیم.

البته، در کتاب‌های فقهی معمولًا بین این دو مقام تفکیک نشده است و

قاعده ضمان ید، ص: ۲۱۶

غالب آن‌ها بحث را در عمل حُرّ متمرکز نموده، و عنوان کرده‌اند: با توجّه به این‌که عمل حُرّ می‌تواند به عنوان عوض معامله قرار گیرد، آیا قاعده‌ی ضمان در عمل حُرّ جریان دارد یا خیر؟ برخی مانند مرحوم سیّد یزدی در حاشیه مکاسب قائل به ضمان در این مورد شده، و بین حُرّی که بالفعل دارای حرفه و کسبی باشد که از او به «کسوب» تعبیر می‌کنند و بر آن، مال صدق می‌کند، و حُرّی که «غیر کسوب است» و بر عمل او مال صدق نمی‌کند، تفصیل داده‌اند.

در اوّلی قائل به ضمان و در دومی به عدم ضمان قائل شده‌اند، که علاوه بر تمسّک به قاعده اتلاف، سیره عقلائیه و قاعده احترام عمل مسلمان، به قاعده ضمان ید نیز استدلال نموده‌اند.

مقام اوّل: بررسی ضمان نسبت به حُرّ

اشاره

مرحوم محقّق قدس سره در شرائع آورده است: «والحرّ لا یضمن بالغصب ولو کان صغیراً»[۱۹۹].

صاحب جواهر رحمه الله نیز در توضیح آن فرموده است: «لا عیناً ولا منفعهً بلا خلاف محقّق أجده فیه»[۲۰۰]؛ ایشان علاوه بر ادّعای عدم خلاف و بلکه عدم اشکال در عدم ضمان حُرّ، فرموده است: «ضرورهٔ عدم کونه مالًا حتی یتحقّق فیه الضمان»؛ زیرا، انسان حرّ مال محسوب نمی‌شود که ضمان در مورد او محقّق شود.

البته مرحوم محقّق در المختصر النافع فرموده است: «لو کان التلف لا بسببه کالموت ولدغ الحیّهٔ فقولان»[۲۰۱]؛ ایشان ادّعا کرده در موردی که تلف به سبب

قاعده ضمان ید، ص: ۲۱۷

غاصب نباشد، دو قول در مسأله وجود دارد؛ مرحوم صاحب جواهر نیز به آن ایراد کرده و آورده است: «لم نتحقّقه»؛ این‌که در مسأله دو قول باشد، به آن دست پیدا نکردیم.

در مقابل اینان، مرحوم فیض کاشانی قدس سره در مفاتیح قول به عدم ضمان را تضعیف نموده و مرحوم سبزواری قدس سره در کفایه قول به عدم ضمان را به مشهور نسبت داده‌اند[۲۰۲] که دلالت دارد غیر مشهور به ضمان حرّ قائل هستند.

ابن فهد حلّی رحمه الله در مهذّب و مرحوم شهید در روضهٔ ادّعای اجماع بر عدم ضمان صغیر چنان چه به موت طبیعی تلف شود، نموده‌اند[۲۰۳]؛ از این رو، در عبارات فقها تعمیم داده شده و همه‌ی آن‌ها فرموده‌اند که حُرّ به سبب غصب، مورد ضمان واقع نمی‌شود.

مرحوم محقّق در شرائع فرموده است حُرّ علاوه بر آن که به سبب غصب، مورد ضمان واقع نمی‌شود، اگر غرق و یا سوخته شود و

غاصب سببیّتی در این امر نداشته باشد، باز هم غاصب ضامن نیست. مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و فخر المحقّقین در ایضاح نیز همین نظر را دارند. شهید ثانی رحمه الله این فتوا را به اشهر و مرحوم سبزواری در کفایهٔ الأحکام آن را به مشهور نسبت داده است، امّا صاحب جواهر رحمه الله این نسبت را نپذیرفته است.[۲۰۴]

لیکن، در صورتی که حُرّ صغیر باشد و به وسیله نیش مار یا عقرب زمانی که در دست غاصب است، تلف شود، مرحوم شیخ طوسی در کتاب الجراح

مبسوط فتوا به ضمان داده است؛ شهید اوّل رحمه الله در دروس و نیز شیخ رحمه الله در خلاف و مرحوم علّامه در مختلف این رأی را تقویت نموده‌اند؛ و در تبصره و حاشیه ارشاد و برخی دیگر از کتاب‌های فقهی این قول اختیار شده است. از علمای عامّه نیز ابوحنیفه این رأی را پذیرفته است. برخی دیگر از فقها این قول را فقط نقل نموده، و هیچ ترجیحی نسبت به آن نداده‌اند؛ مانند مرحوم محقّق در المختصر النافع، فاضل آبی رحمه الله در کشف الرموز، علّامه رحمه الله در تحریر و ارشاد، مرحوم شهید ثانی در غایهٔ المراد و ابن فهد رحمه الله در مهذب.

مرحوم صاحب جواهر بعد از نقل این اقوال، فرموده است: «نعم لا وجه ظاهر تقتضی الضمان». ایشان معتقد است دلیل روشنی بر ضمان حُرّ صغیری که به این صورت تلف شده باشد، نداریم؛ و آن چه به عنوان دلیل مطرح هست، دو امر است که هر دوی آن‌ها مخدوش است. آن دو وجه عبارت است از:

۱- ممکن است کسی ادّعا کند در این فرض، غاصب به علت غصب، سبب در تلف شدن او شده است؛ مانند این‌که کسی در راه چاهی حفر کند و دیگری در آن قرار گیرد؛ همان طور که در این مورد سببیّت وجود دارد، در این بحث و مسأله نیز سببیّت است. صاحب جواهر رحمه الله فرموده است: این دلیل واضح المنع است؛ زیرا، در مقیس علیه مسأله سببیّت از نظر عرف واضح است، اما در مقیس، سببیّت روشن نیست.

۲- در برخی از روایات، وارد شده است: «من استعار حراً صغیراً فعیب فهو ضامن»[۲۰۵]؛ بر حسب این روایت، در ما نحن فیه، ضمان باید وجود داشته باشد. مرحوم صاحب جواهر قدس سره به این روایت دو اشکال وارد نموده است: اوّل این‌که، سند این روایت ضعیف است؛ و دوّم این‌که، بر فرض صحّت سند، هیچ فقیهی به این روایت عمل ننموده است.

ایشان بعد از ردّ هر دو دلیل، دو توهّم را ذکر کرده و پاسخ می‌دهد:

توهّم اوّل: اگر در صغیر ضمان را نپذیریم، این امر موجب می‌شود کسانی که به دنبال قتل اطفال هستند، حیله‌ای داشته باشند؛ به عبارت دیگر، باید

بگوییم نفس غصب و عدوان با ضمان مناسبت دارد، و گرنه چنین تالی فاسدی خواهد داشت.

جواب: این مناسبت، مجرّد اعتبار و استحسان است؛ و در فقه برای فقیه قابل اتّکا نیست.

توهّم دوّم: اگر کسی مملوک صغیر یا مجنونی را در مسبعه قرار دهد که درّندگان او را از بین می‌برند، در این صورت مسلّماً ضمان وجود دارد، آیا ضمان در این مورد، اقتضای ضمان در ما نحن فیه را ندارد؟

جواب: خیر، چنین اقتضایی نیست؛ زیرا، در آن مورد مسأله تسبیب به وضوح وجود دارد و شخص غاصب، سببیّت عرفی در این امر دارد، اما در مسأله مورد بحث، غاصب سببیّت ندارد.

مرحوم صاحب جواهر قدس سره در انتهای بحث فرموده است:

«فالمتّجه عدم الضمان مع فرض عدم تقصیر منه فی حفظه بالاهمال ونحوه وربما یحمل القول بالضمان علی ما لو أهمل، بحیث یکون

سببا فی تلفه لکونه غیر قابل لحفظ نفسه بخلاف ما إذا لم یهمل فاتّفق تلفه بأمر لا مدخل لاهماله فیه، وحینئذ یکون النزاع لفظیّاً».

این فرمایش ایشان متین است، اما نکته‌ی مهمّ آن است که در فرض اهمال، قتل استناد به غاصب پیدا می‌کند؛ و آیا مقصود از ضمان در این فرض، همان دیه مقدّره است یا این‌که مقصود آن است که حُرّ صغیر را به منزله مملوک صغیر فرض کرده و آن را قیمت‌گذاری نماییم؟ ظاهر آن است که احتمال اوّل- دیه مقدّره- صحیح است؛ و در نتیجه، از بحث ضمان اصطلاحی در باب غصب، به طور کلّ خارج می‌شود.

امام خمینی رحمه الله در کتاب الغصب تحریر الوسیلهٔ در مسأله ۵ آورده‌اند:

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۰

«لو استولی علی حُرّ فحبسه لم یتحقّق الغصب لا- بالنسبهٔ إلی عینه ولا- بالنسبهٔ إلی منفعته، وإن أثم بذلک وظلمه سواء کان کبیراً أو صغیراً، فلیس علیه ضمان الید الّذی هو من أحکام الغصب، فلو أصابه حرق أو غرق أو مات تحت استیلائه من غیر تسبیب منه لم یضمن»[۲۰۶].

از این عبارت استفاده می‌شود که ایشان در صدق عنوان استیلای بر حُرّ تردیدی ندارند، امّا چون بر شخص حُرّ، عنوان مالِ غیر یا حقِّ غیر صدق نمی‌کند، تعریف غصب شامل او نمی‌شود. مرحوم امام در تعریف غصب آورده‌اند:

«وهو الاستیلاء علی ما للغیر من مال أو حقّ عدواناً».

ممکن است بر این کلام مناقشه شود به این که اوّلًا: چنین تعریفی در هیچ آیه، یا روایتی و یا دلیل معتبری وارد نشده است تا این که بتواند مستند حکم شرعی قرار گیرد. و ثانیاً: اگر استیلای بر مال دیگری یا حقّ دیگری غصب باشد، به طریق اولی استیلای بر نفس غیر، عنوان غصب را دارد. این اشکال دوّم قابل جواب است؛ به این صورت که غصب، یک عنوان انتزاعی یا اعتباری است که در میان عقلا وجود دارد و در امور اعتباری یا انتزاعی، اولویّت راه ندارد؛ و با مراجعه به عقلا می‌بینیم که آنان در استیلای بر نفس غیر، عنوان غصب را اعتبار نمی‌کنند.

مرحوم محقّق خوئی قدس سره نیز در کتاب الغصب منهاج الصالحین آورده‌اند:

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۱

«إذا استولی علی حرّ فتلف عنده فلا ضمان علی المستولی وإن کان الحرّ صغیراً إلّاأن یکون تلفه مستنداً إلیه»[۲۰۷].

ایشان هم معتقدند نسبت به استیلای بر حُرّ، هیچ‌گونه ضمانی وجود ندارد؛ و اگر در زمان استیلا، شخص حرّ خود به خود تلف شود و از بین برود، شخص مستولی ضامن نیست. آری، ایشان نیز همانند امام خمینی رحمه الله یک مورد را استثنا می‌کنند، و آن موردی است که تلف شخص حُرّ مستند به مستولی باشد؛ در این صورت، شخص مستولی ضمان است. البته روشن است که این استثنای از مورد غصب نیست، و بلکه دلیل آن مسأله اتلاف و یا سببیّت در قتل است، که از محل کلام خارج است.

اما والد محقّق[۲۰۸] در این رابطه فرموده‌اند: حدیث علی الید اطلاق دارد، و نسبت به شخص آزاد نیز استیلا تحقّق پیدا می‌کند، بنابراین، ضمان نسبت به او کاملًا متصوّر است. در میان ادلّه نیز قرینه‌ای بر این که اطلاق را تقیید بزنیم، وجود ندارد. ایشان در شرح تحریر با استاد خود در این بحث مخالفت نموده و قائل شده‌اند ضمان در استیلای بر حُرّ مطابق با قاعده است؛ مگر آن که در مقابل آن اجماعی وجود داشته باشد. ایشان آورده‌اند:

«فلابدّ فی الحکم بعدم الضمان فیه من الاستناد إلی الاجماع لا القاعدهٔ المقتضیهٔ لثبوت الضمان فی الفرض المزبور»[۲۰۹].

در مقابل، برخی از بزرگان مانند محقّق رشتی رحمه الله[۲۱۰] اصرار دارند که این حدیث، شامل شخص آزاد نمی‌شود.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۲

دیدگاه محقّق رشتی رحمه الله در ضمان حرّ

مرحوم محقّق رشتی در رابطه با این که حدیث علی الید شامل حرّ نمی‌شود، سه مطلب ذکر نموده‌اند[۲۱۱] که جهت روشن شدن بحث، لازم است که هر سه صورت را جداگانه مورد تدقیق و بررسی قرار دهیم.

مطلب اوّل: ضمان در موردی تصویر دارد که «ید» کاشف از ملکیّت باشد؛ و ضامن به عنوان مالکیّت نسبت به شیىء استیلا پیدا کرده، و آن شیىء متّصف به صفت مملوکیّت باشد؛ در حالی که شخص آزاد چنین وصفی را ندارد؛ چرا که خود، عنوان مالک دارد و دیگر، قابل اتّصاف به صفت مملوکیّت نیست و اجتماع مالک و مملوک محال است.

شاهد بر این مطلب، فتوای مرحوم علّامه[۲۱۲] است که اگر کسی لباس شخص حرّ صغیری را غصب کند، ضمان آور نیست؛ زیرا، اگر خودش را نیز غصب کند، موجب ضمان نمی‌شود؛ چه آن که انسان صغیر، هر چند مقهور دست غاصب است، اما صفت ملکیّت- که در معنای «ید» در این قاعده مأخوذ است- در او وجود ندارد.

از این جهت، کلمه‌ی «ید» بر او صادق نیست؛ و اگر نسبت به خود او صادق نباشد، نسبت به لباس او نیز صادق نخواهد بود؛ چرا که به اعتبار استقلال ذاتی و مالکیّت ذاتی خودش، بر لباس خودش «ید» دارد.

اشکالات مطلب اوّل: بر این مطلب اشکالات زیر وارد می‌شود:

۱- ظاهر کلمه‌ی «ید» در این حدیث، یدِ عدوانی و یا یدِ غیر مأذون است؛ و هیچ قرینه‌ای بر این که باید «ید»، متّصف به صفت ملکیّت و مالکیّت باشد،

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۳

نداریم؛ و اساساً، در کلام ایشان، هیچ دلیلی بر این مطلب که یدِ موجبِ ضمان، یدِ کاشف از ملکیت است، اقامه نشده است.

۲- استشهاد ایشان به فتوای مرحوم علّامه صحیح نیست؛ زیرا، در صحّت این فتوا مناقشه است؛ چه آن که تردیدی نیست که در ضمان، بین لباس شخص صغیر و لباس شخص کبیر فرقی نیست. و اگر مراد مرحوم علّامه آن است که از طریق حدیث علی الید، نمی‌توان برای ضمان در لباس صغیر استدلال نمود، باید در جواب گفت: عموم و اطلاق حدیث، به خوبی شامل لباس صغیر می‌شود. و اگر بپذیریم بر خود صغیر، «ید» صدق نمی‌کند، ملازمه‌ای نیست که بر لباس او هم «ید» صدق نکند.

والد محقّق[۲۱۳] دو توجیه برای کلام مرحوم علّامه ذکر نموده، و سپس، هر دو را مورد مناقشه قرار داده‌اند؛

توجیه اوّل: مراد علّامه رحمه الله آن است که اگر چه کلمه ید، در قاعده ضمان ید متّصف به عدوانی بوده و با کلمه ید، در قاعده اماریّت ید که متّصف به مشکوک بودن است، اختلاف دارد، اما در هر دو قاعده موصوف، یعنی: ذاتِ ید، به یک معنا است. از طرف دیگر، تردیدی نیست که در قاعده اماریّت، کلمه ید، ظهور در چیزی دارد که متّصف به مملوکیّت شود- یعنی: متعلّق آن متّصف به مملوکیت شود- چرا که یدِ بر خمر و یا خنزیر اماره بر ملکیّت نیست؛ بنابراین، در قاعده ضمان نیز مراد از ید، بایستی همین معنا باشد.

اشکالات توجیه اوّل: این توجیه با دو اشکال مواجه است: ۱- دلیلی نداریم که هر دو قاعده باید در این معنا یکسان باشند؛ بلکه قرینه مناسبت حکم و موضوع در قاعده‌ی اماریّت دلالت بر این دارد که مراد، یدِ بر چیزی است که قابلیّت اتّصاف به ملکیّت را داشته باشد، و در چنین موردی است که ید

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۴

می‌تواند کاشف از ملکیّت باشد؛ اما این قرینه، در قاعده ضمان ید وجود ندارد.

۲- در قاعده اماریّت هم می‌توان گفت که اختصاص به چنین موردی ندارد؛ بلکه در مواردی هم که اتّصاف به ملکیّت نیست، این

قاعـده جاری است؛ مانند این که: زنی در اختیار مردی باشد و آن مرد با وی به صورت زوجیّت برخورد کند؛ در چنین موردی اگر شک شود که این زن زوجه اوست یا خیر؟ مقتضای قاعـده یـد، آن است که حکم بر زوجیّت او نماییم. این مطلب شاهـد آن است که قاعده ید، اختصاص به موردی که متّصف به مملوکیّت شود، ندارد.

به نظر می‌رسـد که اشـکال دوّم ایشان قابل مناقشه است؛ چرا که، حکم به زوجیّت در چنین موردی، بر طبق قاعـده‌ی تقدیم ظاهر بر اصل است؛ به این معنا که ظاهر حال مسلمانان آن است که ارتباط وی با زن بیگانه مطابق موازین شرعی- که همان زوجیّت است- می‌باشـد. شاهـد بر این مطلب آن است که اگر قضـیّه به عکس باشـد، یعنی شک شود که مرد همسر این زن است یا نه؟، می‌توانیم حکم به زوجیّت کنیم؛ که اگر مسأله یـد و قاعـده یـد مطرح باشـد، روشن است که نمی‌توان آن را در دو طرف جاری کرد؛ یعنی: نمی‌توان گفت:

هم مرد بر زن، ید دارد و هم زن بر مرد، ید دارد؛ اما قاعده تقدیم ظاهر بر اصل را می‌توان در هر دو طرف جاری نمود.

توجیه دوّم: توجیه دیگری که برای کلاـم مرحوم علّامه بیان می‌کننـد، این است که از ذیل کلام ایشان اسـتفاده می‌شود که از معنای عرفی یـد، چنیـن می‌فهمیم که در مـوردی که ملکیّت و اختصـاص ناشـی از ملکیّت هست، معنـای یـد، بر آن صـدق می‌کنـد؛ و در موردی که ملکیّت تصوّر ندارد، در آن مورد، ید، صدق نمی‌کند.

اشـکال توجیه دوّم: اشـکالی که بر این توجیه می‌شود، آن است که روشن است در فهم معـانی الفـاظ وارد شـده در کتـاب و سـنّت بایستی به عرف مراجعه

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۵

نمـاییم؛ و با مراجعه به عرف روشن می‌شود که در صـدق یـد و استیلا، به هیـچ وجه مملوکیّت دخالت نـدارد. شاهـد این مطلب آن است که در عمل آدم‌ربایی، از نظر عرفی، استیلا هست، و حال آن که هیچ عنوان مملوکیّتی نیست.

تا این‌جا روشن شد که کلام مرحوم علّامه مبنی بر آن که در صدق ید، صفت مملوکیّت وجود دارد، کلامی است غیر صحیح.

مطلب دوّم: محقّق رشتی رحمه الله فرموده است: در صورتی که بپـذیریم عنوان یـد و استیلا بر انسان آزاد صـدق می‌کنـد، اما غایت موجـود در حـدیث علی الیـد- «حـتی تـؤدّیه»- قرینه می‌شـود که موصول موجود در متن روایت، شامـل حرّ نشود؛ زیرا، در پرداختن دیه‌ی حرّ، عنوان ادا صـدق نمی‌کنـد؛ و اگر حرّ تلف شود و غاصب دیه او را به ورثه‌اش بپردازد، باز ادا صدق نمی‌کند؛ زیرا، ادا در صورتی تحقّق دارد که بـدل، جای مُبـدل و به عوض مُبـدل باشد؛ و از این جهت، پرداخت مثل و یا قیمت، در اشـیای دارای مالیّت، عنوان بـدل را دارد، و گویا با پرداخت آن، مُبـدل پرداخت شـده است؛ در حالی که این عنوان، در پرداخت دیه‌ی حرّ وجود نـدارد؛ چه آن که دیه، عـوض از شـخص نیست و بلکه، در حقیقت، به عنوان جریمه و عقوبت است؛ و بـا پرداخت دیه، هیـچ گـاه خود آن انسان دفع نشده است.

مرحوم محقّق رشتی در ادامه فرموده است: این اشـکال، مبتنی است بر این که از غایت موجود در روایت، پرداخت مثل و یا قیمت را در صورت تلف، اسـتفاده کنیم؛ اما اگر مبنای دیگر را بپذیریم که از غایت، حکمِ صورت تلف اسـتفاده نمی‌شود؛ بلکه حکم تلف- دفع بدل- را یا باید از شرع و یا از عرف بگیریم، در این صورت، گفته شده است: حدیث علی الید، بر ضمان حرّ صغیر دلالت دارد؛ و در صورت تلف، بایستی دیه او پرداخت شود.

و اگر کسی ادّعا کند که تعبیر به ضمان، شامل پرداخت دیه نمی‌شود، چرا که

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۶

عنوان عوض را ندارد، و ضمان، فقط اختصاص به امور مالی دارد، در پاسخ می‌گوییم: اولًا، در روایت، لفظ ضمان وارد نشده است، و این تعبیر از کلمه‌ی «علی» اسـتفاده شـده است؛ ثانیـاً، این که ضـمان، اختصـاص به اشـیایی داشـته باشـد که در عرف به آن‌ها مال

می گوینـد، مورد قبول نیست؛ و شاهد آن تعبیر ضـمان در باب طبیب و امام جماعت است؛ و ثالثاً، حتی اگر بپذیریم تعبیر به ضـمان، اختصاص به اموال دارد، اما تردیدی نیست که تعبیر به عهده چنین اختصاصی را ندراد.

اشکالات مطلب دوّم: بر مطلب دوّم نیز چند اشکال وارد است[۲۱۴]: ۱- چنان چه بپذیریم حکم تلف- دفع بدل- از غایت استفاده نمی‌شود و بلکه یک حکم شرعی است که از طریق دیگر استفاده می‌شود، واضح است که برای ثبوت آن نیاز به دلیل دیگر داریم که آن دلیل در مورد حرّ وجود ندارد. آری، روایتی از وهب بن وهب ابوالبختری از امام صادق علیه السلام وارد شده است که: «من استعار عبداً لقوم آخرین، فهو له ضامن، ومن استعار حرّاً صغیراً ضمن»[۲۱۵] و از آن، ضمان نسبت به صغیر حرّ استفاده می‌شود؛ اما، اوّلًا: این روایت از نظر سند به جهت وجود وهب بن وهب که از دروغگوترین افراد هست[۲۱۶]، مخدوش است؛ ثانیاً: این روایت مورد عمل اصحاب واقع نشده است؛ و ثالثاً: مخالف با اجماع است؛ زیرا، اجماع فقها بر عدم وجود ضمان در عاریه قائم است.

۲- در صورتی که بپذیریم که بر اخذ حرّ، ید و استیلا صدق می‌کند، و همین طور بپذیریم که نسبت به استیلای بر انسان، ضمان هم صادق است، همان گونه

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۷

که در امور مالی صدق می‌کند؛ و نسبت به روایت وهب- هر چند که معتبر نبوده و اثبات حکم شرعی نمی‌کند- چون راوی آشنای به اسالیب لغت عرب است، می‌تواند این مقدار را اثبات کند که در چنین مواردی تعبیر به ضـمان استعمال می‌شود. با این دو فرض، چاره‌ای نیست که نسبت به حرّ، مسأله خروج از عهده و رافع ضـمان را بپذیریم؛ یعنی: اگر اصل ضـمان ثابت باشد، تردیدی نیسـت که حتماً برای رفع آن رافعی وجود دارد؛ و این رافع، بر طبق حـدیث علی الیـد، چیزی غیر از ادا نمی‌توانـد باشـد. بنابراین، پرداختن دیه نیز مانند پرداختن مثل و یا قیمت، بایستی از مصادیق ادا محسوب شود.

انصاف آن است که اشـکال دوّم، وارد نیست؛ و بر پرداختن دیه حرّ، کلمه ادا صـدق نمی‌کند؛ زیرا، بحث در آن است که آیا غایت موجود در این روایت، می‌تواند قرینه بر تخصیـص موصول به غیر حرّ شود یا خیر؟ و روشن است که اگر ضمان در انسان آزاد ثابت باشد، ملازمه ندارد که رافع آن عنوان ادا را داشته باشد. به عبارت دیگر، دلیلی نداریم که در همه موارد، رافع ضمان، مصداق برای ادا باشـد؛ بلکـه، در مثـل پرداخـت دیـه، مصـداق برای عقـوبت و جریمه است. آری، اگر عنـوان ادا را توسعه داده و علاـوه بر ادای حقیقی، شامل ادای حکمی نیز شود، بعید نیست که دفع دیه عنوان ادای حکمی داشته باشد. فتدبّر.

مطلب سـوم: مرحـوم محقّق رشـتی در مطلب سـوم فرموده‌انـد: آن چه متبـادر از موصـول است، مـال است؛ چرا که کلمه ادا، اگر به افعالی مانند نماز نسبت داده شود، نیازی به حرف جرّ «إلی» نـدارد؛ اما اگر به اعیان و امور غیر مالی نسبت داده شود، به حرف جرّ «إلی» نیازمنـد است؛ و در این فرض، ادا، نیـاز به مؤدّی إلیه و کسـی که مـال به او تحویل داده شود، دارد. مؤدّی إلیه نیز در مالی که غصب می‌شود یـا عنوان مالک را دارد و یا عنوان مستحقّ، و حال آن که در بحث حرّ هیـچ یک از این عناوین نیست؛ شاهـدش نیز آن است که در ردّ حرّ مغصوب نمی‌توانیم تعبیر کنیم که ردّ آن به مالک یا مستحقّ او واجب است؛ و حتی نمی‌توان

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۸

گفت که به وارث او ردّ نماییم؛ چرا که وارث، عنوان مالک یا مستحقّ را ندارد.

اشکالات مطلب سوم: والد محقّق[۲۱۷] بر این مطلب اشـکال کرده و سه صورت تصویر نموده‌انـد: صورت اوّل: اگر شـخص حرّ در دست غاصب بمیرد، تردیدی نیست که در حکم تلف بوده، و ادای دیه و قیمت آن به وارثش لازم است. صورت دوّم: در جایی که شخص حرّ اجیر دیگری شده باشد و منفعت خاصّ او و یا تمام منافعش ملک دیگری شده باشد، مؤدّی إلیه تصویر و معنا دارد؛ و او همان مالک و اجاره کننده انسان آزاد است که بایستی قیمت منافع را به او تحویل دهد. و صورت سوم: اگر شـخص حرّ زنده باشـد و منفعتش نیز ملک دیگری نباشـد، در صورتی که صـغیر باشـد و در زنـدگی اسـتقلال نداشـته باشـد، بایـد قیمت او را به ولیّ او ادا

نمود؛ و لازم نیست مؤدّی إلیه مالك یا مستحقّ باشد. دلیل این مطلب نیز فهم عرف است.

اما در صورتی که آن انسان آزاد، بزرگسال باشد، چون در ضمان نمی‌توانیم بین کبیر و صغیر فرقی قائل شویم و قول به فصل نداریم، باید ضمان را بپذیریم، و در معنای آن تصرّف کنیم؛ به این صورت که در ادا لازم نیست مؤدّی إلیه شخصی معیّن باشد تا بگوییم یا باید مالك باشد و یا مستحقّ؛ بلکه مراد از ادا، ارجاع آن به صورتی است که قبل از غصب به همان صورت بوده؛ یعنی: آن را به همان شرائط و خصوصیّات قبل از غصب برگردانیم، و این معنا در حرّ نیز قابل تصویر است.

تحقیق مسأله در مقام اوّل

گرچه تردیدی نیست که این حدیث از نظر موصول اطلاق داشته و شامل انسان آزاد نیز می‌شود؛ لیکن انصاف آن است که نمی‌توانیم غایت در حدیث

قاعده ضمان ید، ص: ۲۲۹

علی الید را به ادا- اعمّ از حقیقی و حکمی- تفسیر نموده، و یا آن که بگوییم نیازی به مؤدّی إلیه ندارد. بنابراین، ظهور عرفی حدیث، در اموال و اعیان خارجی است که قابلیّت ردّ به مالك را دارند؛ و شامل اخذ حُرّ نمی‌شود.

توضیح مطلب این است که: در اموال و اعیان خارجی، مسأله تلف مطرح، و بدل آن که مثل یا قیمت است، جایگزین آن می‌شود؛ در حالی که در شخص حرّ، چنان چه خود به خود بمیرد، نمی‌توان گفت تلف حقیقی و یا تلف حکمی محقّق شده است؛ زیرا، اگر بپذیریم که در حکم تلف است، باید ملتزم شویم که غاصب باید دیه او را بپردازد؛ و این بر خلاف ضرورت فقه است. در فقه، پرداخت دیه، مشروط به تحقّق عنوان قتل غیر عمد و استناد قتل به قاتل است، و چنان چه این عنوان محقّق نشود، هیچ سببی از نظر شرع برای پرداخت دیه نیست. بنابراین، این رأی و نظر- که عنوان تلف حکمی دارد و باید دیه انسان آزاد پرداخت شود،- با ضرورت فقه که دیه را منوط به تحقّق قتل می‌کند، منافات دارد.

به عبارت دیگر، می‌توان ادّعا کرد که در شخص حرّ، مسأله ضمان به طور کلّی منتفی است؛ و شارع مقدّس مسأله دیه را مقرّر فرموده است. به این معنا که در شریعت، شارع مقدّس، ضمان به ردّ عین و یا به مثل و قیمت را در اموال و اعیان خارجی که مورد داد و ستد قرار می‌گیرند و طرف برای اضافه واقع می‌شوند، قرار داده است؛ اما در انسان‌های آزاد فقط عنوان دیه را تثبیت فرموده است، و این عنوان موضوع معیّن و مستقلّی دارد که هیچ گونه ارتباطی به مثل و یا قیمت ندارد.

مقام دوّم: بررسی ضمان نسبت به منافع حُرّ

اشاره

چنان‌چه ضمان را نسبت به خود حُرّ بپذیریم، تردیدی نیست که ضمان نسبت به منافع او به طریق اولی ثابت است؛ اما اگر ضمان را نسبت به خود حرّ نپذیریم، همان‌گونه که مقتضای تحقیق چنین است و نسبت به حرّ ضمانی

قاعده ضمان ید، ص: ۲۳۰

نیست، این سؤال پیش می‌آید که آیا نسبت به منافع او، اعمّ از مستوفاة و غیر مستوفاة، ضمانی وجود دارد یا خیر؟

از کلمات فقها، در مجموع چهار نظریّه استفاده می‌شود؛ که عبارتند از: ۱- ضمان مطلقا؛ ۲- عدم ضمان مطلقا؛ ۳- تفصیل بین حرِّ کسوب و غیر کسوب؛ و ۴- تفصیل بین منافع مستوفاة و منافع غیر مستوفاة.

ظاهراً در دو مورد زیر تردیدی نیست:

الف- اگر شخص حُرّ اجيرِ شخص ديگرى باشد و غاصب او را حبس كند تا منفعت وى فوت شود، غاصب ضامن منفعت فوت شده نسبت به مستأجر است. مرحوم امام خمينى قدس سره در تحرير آورده‌اند: «لو كان أجيراً لغيره فى زمان فحبسه حتّى مضى ضمن منفعته الفائتة للمستأجر»[۲۱۸]. مرحوم محقّق خوئى قدس سره نيز در منهاج الصالحين آورده‌اند: «إذا منع حرّاً عن عمله لم يضمن إلّاإذا كان أجيراً خاصّاً لغيره فيضمن لمن استأجره»[۲۱۹].

علّت ضمان در اين فرع آن است كه منفعت حُرّ با عقد اجاره در ملك ديگرى واقع شده است، و در حقيقت، غاصب، آن چه را كه ملك و مال ديگرى بوده تلف نموده است؛ بنابراين، از مصاديق قاعده اتلاف محسوب مى‌شود.

آرى، روشن است كه در اين صورت، قاعده ضمان يد جريان ندارد؛ زيرا، عنوان اخذ و قبض بر آن صدق نمى‌كند؛ و اگر هم اين عنوان صدق كند، غايتِ موجود در حديث، امكان تحقّق ندارد.

ب- اگر غاصب از حُرّ و منافع او در كارهاى مربوط به خود و يا ديگران استفاده نمايد، ترديدى نيست كه نسبت به آن ضامن بوده و بايستى اجرة المثل او را بپردازد. دليل اين مطلب قاعده اتلاف و يا حديث على اليد نيست، بلكه از

قاعده ضمان يد، ص: ۲۳۱

جهت احترام عمل مسلمان است؛ و چون در اين مورد، عمل حُرّ به امر غاصب انجام گرفته است، بايد اجرة المثل آن را پرداخت كند.

بعد از روشن شدن اين دو مورد، بايد در دو جهت بحث نماييم: اوّل در حُرِّ كسوب و دوّم در حُرِّ غير كسوب.

جهت اوّل: عمل حرِّ كسوب

نسبت به حُرّى كه داراى صنعت و حرفه است، چنان چه غاصب او را حبس كند، به گونه‌اى كه زمانى كه در آن مى‌تواند كار مفيدى انجام دهد، بگذرد و در اثر حبس، آن عمل انجام نگيرد؛ آيا در اين صورت، غاصب ضامن اين منافع است يا خير؟

در اين فرض، روشن است كه قاعده على اليد جريان ندارد؛ زيرا، ترديدى نيست كه اگر در اين فرض، يد و استيلا هم صدق كند، عنوان اخذ و قبض و نيز عنوان ادا كه غايت واقع شده است، صدق نمى‌كند.

سؤالى كه مطرح مى‌شود اين است كه آيا اين فرض مى‌تواند از مصاديق قاعده اتلاف باشد؟

مرحوم سيّد در حاشيه مكاسب فرموده است: عمل حُرِّ كسوب، از نظر عرف مال است، و چون غاصب اين مال را اتلاف نموده، پس ضامن آن است. ايشان آورده است:

«الثالث: أن يفرق بين عمل الكسوب وغيره، ويقال أنّ الأوّل مال عرفى دون الثانى، وهذا غير بعيد عن الصواب للصدق العرفى فى الأوّل دون الثانى»[۲۲۰].

سپس فرموده‌اند: همان طورى كه در مسأله ضمان بين كسوب و غير

قاعده ضمان يد، ص: ۲۳۲

كسوب فرق است، در مسأله‌ى تعلّق استطاعت هم مى‌توانيم بين اين دو فرق بگذاريم؛ به اين معنى كه كسى كه كسوب است و مى‌تواند با كار و عمل خود، زاد و راحله‌ى حجّ را تأمين كند، مستطيع است؛ اما كسى كه حرفه و صنعتى ندارد، مستيطع نيست.

والد محقّق بعد از آن كه از كلام مرحوم سيّد استفاده نموده‌اند كه ايشان معتقد است نسبت به منافع حُرّ اجماعى بر عدم ضمان نداريم،- هر چند كه نسبت به خود حُرّ چنين اجماعى هست- آورده‌اند:

«والظاهر أنّ الوجه الثالث- الّذى نفى السيّد البُعد عنه عن الصواب- هو الأقوى للصدق العرفى ولعدم الفرق بينه وبين عمل العبد»[۲۲۱].

استاد بزرگوار و محقّق آقای وحید خراسانی «دام ظلّه» در اشکال بر مرحوم سیّد فرموده‌اند:

«لیس موضوع قاعدهٔ الاتلاف، هو مجرّد المال، بل المعتبر فیه إتلاف مال الغیر، ولو فرضنا ثبوت المالیّهٔ لعمل الحُرّ فهو لا یُعدّ ذا مال وإن کانت حرفته مالًا، هذا فضلًا عن أنّه یصعب دعوی اعتبار الکسوب ذا مال عند العقلاء وإن کان عمله مالًا».

از این عبارت استفاده می‌شود که ایشان در مال و مالیّت، فعلیّت آن را شرط می‌دانند و عنوان مال الغیر که موضوع در قاعده اتلاف است، ظهور در فعلیّت دارد. چنان چه مقصود ایشان این مطلب باشد، به نظر می‌رسد که کلام متینی است و عمل حُرِّ کسوب، بالفعل عنوان مالیّت ندارد.

آری، در برخی از عبارات آمده است: «إنّ المراد بعمل الحرّ أثر عمله وإلّا؛ فنفسه قبل الوجود معدوم وفی حاله متدرج الوجود یوجد شیء منه ویفنی، وبعد الفراغ أیضاً معدوم، فلا یقبل الاتّصاف بکونه مالًا فی شیء من الأحوال»[۲۲۲]. به نظر می‌رسد که این توجیه غیر قابل قبول است، و مراد از عمل، خود همان عمل است؛ و ارتباطی به نتیجه و اثر آن ندارد. بنابراین، در عمل حُرِّ کسوب روشن است که مالیّت، فعلیّت ندارد، و لااقل فعلیّت آن مشکوک است؛ و بر فرض که مالیّت آن را بپذیریم، به هیچ وجه عنوان اتلاف از نظر عرف، در اینجا صدق نمی‌کند؛ گرچه غاصب مانع تحقّق آن شده است، امّا این، سببِ صدق اتلاف نمی‌شود. بنابراین، نمی‌توان به قاعده اتلاف در این بحث تمسّک کرد.

آری، می‌توان به سیره‌ی عقلائیه تمسّک کرد؛ به این بیان که: در مواردی که غاصب، حُرّی را حبس می‌کند، عقلا او را نسبت به عمل فوت شده ضامن می‌دانند.

اشکال: آیا چنین سیره‌ای از سیره‌های جدید و در نتیجه، غیر معتبر نیست؟

جواب: اوّلًا: به نظر ما، سیره‌های جدید عقلائی که در میان ادله‌ی شرعی، ولو به نحو اطلاق یا عموم ردع و منعی برای آن نداشته باشیم، معتبر است. این نظریّه، از برخی عبارات مرحوم امام خمینی و والد محقّق «دام ظلّه» نیز استفاده می‌شود. ثانیاً: بر فرض که بپذیریم سیره‌های جدید اعتبار ندارد، امّا باید گفت این سیره به عنوان یک ارتکاز عقلائی است که در مرتکزات جمیع عقلای عالم در تمام زمان‌ها وجود دارد، به طوری که اگر بگوییم غاصب فقط یک خلاف شرعی را مرتکب شده و او را موظّف به پرداخت غرامت ندانیم، یک امر مستنکر و غیر قابل قبولی در نزد همه آنان است. بنابراین، بر طبق سیره‌ی عقلائیه نسبت به حُرِّ کسوب تردیدی نیست که ضمان وجود دارد. واللّه العالم.

سؤال: آیا نسبت به منافع حُرِّ کسوب، اجماعی بر عدم ضمان وجود دارد؟

قاعده ضمان ید، ص: ۲۳۴

جواب: استاد بزرگوار آقای وحید خراسانی «دام ظلّه» فرموده‌اند: آن چه از کلمات اصحاب استفاده می‌شود، عدم ضمان منافع است. مرحوم شیخ طوسی در مبسوط[۲۲۳] تصریح به عدم ضمان نموده و فرموده: «إنّه مقتضی المذهب والأخبار وأصل البرائهٔ وان یختار الضمان احتیاطاً»؛ مرحوم علّامه در مختلف و محقّق اردبیلی رحمه الله و مرحوم صاحب جواهر هم تصریح به عدم ضمان نموده‌اند؛ اما آن چه که اجماع را بر هم می‌زند، کلام مرحوم علّامه در تذکره[۲۲۴] است، که می‌فرماید: «ولو حبسه مدّهٔ اجرهٔ وعطّل منافعه فالأقوی أنّه لا یضمن الاجرهٔ». تعبیر به اقوی در اینجا با اجماع مناسبت ندارد، و اگر در این مورد اجماع وجود داشت، لازم بود که به آن تمسّک می‌کرد و دیگر نباید تعبیر به اقوی کند؛ از اینجا نتیجه می‌گیریم اجماع مدّعی در کلمات قوم، اجماع بر کبری است؛ یعنی اجماع قائم است بر این که حُرّ تحت ید قرار نمی‌گیرد؛ و دیگر اجماع بر صغری نیست.

به نظر می‌رسد که بر این فرمایش مناقشاتی وارد باشد، و آن این که:

اولًا: تعبیر به اقوی هیچ منافاتی با اجماعی بودن ندارد؛ و لزومی ندارد که در موارد اجماعی حتماً به اجماع تمسّک شود؛ و چه بسا علّت اقوی بودن همان اجماعی بودن باشد.

ثانیاً: این که از کلمات اجماع بر کبری را استفاده کنیم، کاملًا خلاف ظاهر کلمات قوم است؛ به خصوص با تعبیری که مرحوم شیخ طوسی بیان داشتند که عدم ضمان، مقتضای مذهب است. بنابراین، ظاهر این است که اجماع بر عدم ضمان در منافع ثابت است؛ و با این اجماع، سیره عقلائیه مورد ردع واقع می‌شود. البته، بعید نیست و بلکه احتمال قوی آن است که این اجماع، مدرکی

قاعده ضمان ید، ص: ۲۳۵

معلّل باشد؛ و در این صورت، از اعتبار ساقط می‌شود.

جهت دوّم: عمل حُرِّ غیر کسوب

روشن است که اگر در حُرِّ کسوب قائل به ضمان شویم، در حرِّ غیر کسوب به طریق اولی باید ضمان را نپذیریم؛ و ظاهر این است که اگر اجماع بر عدم ضمان را قائل شویم، فرقی بین کسوب و غیر کسوب نیست.

نتیجه آن که سیره‌ی عقلائیه در منافع حُرّ بر ضمان ثابت است، و در این سیره‌ی عقلائیه فرقی بین کسوب و غیر کسوب نیست. واللَّه العالم.

تنبیه چهارم: شمول روایت نسبت به اوقاف خاصّه و عامّه

اشاره

از دیگر مباحث مربوط به حدیث علی الید، این است که اگر غاصبی زمین یا مال وقفی را غصب کند، آیا چنین موردی در این حدیث، داخل است و یا این که حدیث اختصاص به مواردی دارد که عنوان ملک طلق را دارد؟

در این مورد، باید وقف خاصّ را از وقف عامّ جدا کرده و مسأله را به صورت مجزّا بررسی نماییم.

اوقاف خاصّه

اما وقف خاصّ، ظاهراً تردیدی نیست که حدیث علی الید شامل وقف خاصّ می‌شود؛ و اگر غاصبی، یک زمین یا مکانی که وقف خاصّ است را غصب نماید، به مقتضای این حدیث ضامن است؛ و ردّ عین آن در صورت بقا، و یا مثل و قیمت آن در صورت تلف، بر شخص غاصب واجب است.

در این حکم، میان سه مبنا و نظریّه‌ای که در وقف خاصّ وجود دارد، فرقی نیست؛ الف- در وقف خاصّ، عین موقوفه در ملک واقف باقی می‌ماند، اما

قاعده ضمان ید، ص: ۲۳۸

موقوف علیهم بر آن حقّ پیدا می‌کنند؛

ب- عین موقوفه از ملک واقف خارج می‌شود و در ملک موقوف علیهم داخل می‌شود؛

ج- عین موقوفه از ملک واقف خارج می‌شود، اما در ملک موقوف علیهم نیز داخل نمی‌شود و بلکه منافع آن ملک موقوف علیهم می‌شود.

خلاصه آن که در وقف خاصّ، تردیدی نیست که حقّی مخصوص وجود دارد، و حدیث علی الید همان طوری که شامل اعیان می‌شود، شامل حقوق نیز می‌شود.

اما وقف عامّ،- مثل: مساجد و مدارس- در غصب این اوقاف از نظر حکم تکلیفی حرمت غصب و نیز حکم تکلیفی وجوب ردّ تردیدی نیست، امّا نسبت به حکم ضمان چهار نظریّه وجود دارد.

۱- ضمان مطلقا: مرحوم شهید در دروس و محقّق بروجردی رحمه الله این نظریّه را دارند.

۲- عدم ضمان مطلقا: از مجموع عبارت مرحوم صاحب جواهر این نظر استفاده می‌شود.

۳- تفصیل بین اوقاف عامّه‌ای که برای جهت خاصی نباشد و اوقاف عامّه‌ای که برای جهت خاصی مثل فقرا باشد. نسبت به فرض اوّل ضمان را نپذیرفته‌اند و نسبت به فرض دوّم ضمان را پذیرفته‌اند. امام خمینی قدس سره و والد محقّق «دام ظلّه» این تفصیل را پذیرفته‌اند.

۴- مرحوم محقّق رشتی بین اوقاف عامّه‌ای که ید بر آن‌ها تحقّق ندارد و بین اوقاف عامّه‌ای که ید بر آن‌ها تحقّق دارد، تفصیل داده‌اند؛ و در فرض دوّم که ضمان را پذیرفته‌اند، بین منافع اخروی مانند ذکر، دعا و نماز، و بین منافع دنیوی تفصیل داده‌اند.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۳۹

دیدگاه شهید اوّل رحمه الله در اوقاف عامّه

مرحوم شهید در کتاب دروس آورده است:

«لو أثبت یده علی مثل المساجد والمشاعر والرباط والمدارس، ضمن العین والمنفعة»[۲۲۵].

مطابق این عبارت، حدیث علی الید، در اوقاف عامّه نیز جریان دارد؛ و ظاهر آن است که در صدق ید بر این امور نیز تردیدی نبوده است.

جهت روشن‌تر شدن مطلب، می‌توانیم ادّعا کنیم که در اوقاف عامّه، اصل مسأله ضمان به خوبی تصویر دارد؛ و اگر کسی مسجد و یا مدرسه‌ای را از بین ببرد، بدون هیچ تردیدی، بر طبق قاعده، ضمان محقّق است؛ و نمی‌توانیم به حکم تکلیفی حرمت اکتفا کنیم. بنابراین، همان طوری که مسأله ضمان از راه اتلاف قابل تصویر است، همچنین ضمان را از راه تسلّط و ید نیز می‌توان اثبات کرد؛ نهایت آن که، ممکن است گفته شود در این موارد، ادا و غایت معنا ندارد، و مؤدّی إلیه وجود ندارد؛ که در جواب می‌گوییم: در این موارد، مؤدّی إلیه، عموم مردم‌اند، و به خوبی ادا که غایت در حدیث است، تحقّق دارد.

دیدگاه صاحب جواهر رحمه الله در اوقاف عامّه

مرحوم صاحب جواهر[۲۲۶] در ضمان، مال بودن را معتبر می‌داند؛ و در مسجد و مشاعر که منفعت آن ملک کسی نیست و دیگران فقط مالک انتفاع هستند، ضمان را نپذیرفته است. در طرق و رباطات و شوارع که ملک عموم مسلمین است، ابتداءً فرموده است می‌توان ضمان عین و منفعت را پذیرفت، امّا سپس اشکال کرده و فرموده است: «وإن کان هو لا یخلو من نظر، لقوّة احتمال کونه

قاعده ضمان ید، ص: ۲۴۰

کالتحریر فی الخروج عن المالیّة».

ایشان ثبوت ضمان در مواردی که مجرّد تحقّق حقّ است، مانند این که راهن به صورت عدوانی بر عین مرهونهٔ ید پیدا کند و در این زمان، آن عین مرهونه تلف شود. مرحوم شهید در مسالک ضمان را قائل شده در حالی که حقّ مرتهن مال نیست و به منزله آن است؛ و همین طور اگر کسی بر مدرسه، یا رباط و یا مسجد ید پیدا کرد، ضمان را انکار نموده و فرموده است: در این موارد، فقط غصب و نوعی از ظلم تحقّق دارد؛ و ضمان را فقط در اموال جاری می‌داند. آری، در مسأله رهن قائل به وجوب دفع مثل یا قیمت از طرف راهن است؛ امّا این را حکم وضعی ضمان نسبت به حقّ ارتهان نمی‌داند، بلکه در این مورد، وجوب ردّ مثل یا قیمت، به سبب

وجود دلیل خاصّ، حکم شرعی است.

دیدگاه محقق رشتی رحمه الله در مورد اوقاف عامّه

مرحوم محقّق رشتی اوقاف عامّه را سه قسمت کرده‌اند[۲۲۷]:
۱- برخی از آن‌ها به طور کلّی از تملّک غاصبین و یـد آن‌ها خارج است؛ و از زمانی که خلق شده‌انـد، یـد هیچ کسـی بر آن محقّق نبوده است؛ بلکه صرف یک حبس شرعی نسبت به چیزی که مباح بالاصالهٔ بوده است، می‌باشد؛ مانند:
زمین عرفات، مکّه و مشاعر.
ایشان در این صورت، قائل شده‌اند که مسأله مانند شـخص حرّ است؛ و همان گونه که در حرّ، ضـمان را نپذیرفتند، در این فرض نیز ضمان را منتفی دانسته‌اند.
اشکال این قسـمت از کلاـم ایشـان، آن است که در این صورت، فرض آن است که یـدِ مالکی و اختصاصِ ملکی بر آن مال محقّق نیست؛ در نتیجه،
قاعده ضمان ید، ص: ۲۴۱
موضوعاً از محلّ بحث خارج می‌شود؛ به خلاف شـخص حرّ که یـد بر آن تحقّق پیـدا می‌کنـد. بنابراین، این قسم از اوقاف عامّه را بایستی به طور کلّی از محلّ نزاع خارج ساخت.
از این مطلب روشن می‌شـود آن چه که والـد محقّق فرموده‌انـد[۲۲۸]، مبنی بر ایـن کـه ایـن قسم از نظر حکمی، همـان حکم حرّ را دارد- که چون ایشـان در آن مسأله قائل به ضـمان هسـتند، در این مورد نیز ضـمان را پذیرفته‌انـد، هم نسـبت به عین و هم نسبت به منفعت- صـحیح است؛ البته در صورتی که عنوان ید را بر این موارد تصویر نماییم. اما مرحوم رشتی در این قسم، تحقّق عنوان ید را از نظر موضوعی، نپذیرفته‌اند. فتدبّر.
۲- قسم دیگر، اوقاف عامّه‌ای است که یـد تملّک در آن‌ها راه پیـدا می‌کند؛ به عنوان مثال: محلّی که عنوان مسـجد دارد، غاصب با ادّعای دروغ ملکیّت، آن را در تصـرّف خود درآورد؛ و سپس برای دیگران، کذب او روشن شود. در این صورت، دو فرض وجود دارد:
الف) مواردی که منافع دنیوی دارد؛ مانند: سکونت، رکوب، تطرّق و ...؛
ب) مواردی که مربوط به منافع اخروی است؛ مانـد: نماز و ذکر. ایشان متعرّض فرض دوّم نشـده، اما در مورد فرض اوّل، ضـمان را هم نسبت به عین و هم نسبت به منافع پذیرفته‌اند.
والد محقّق در مورد فرض دوّم که مرحوم محقّق رشتی حکم آن را بیان ننموده‌اند، فرموده‌اند:
فالظاهر أنّه إن كان المأخوذ مثل فرش المسجد وحصيره وسائر ما يتعلّق به، فلا ينبغى الإشكال أيضاً فى ضمان العين والمنفعة معاً؛ لأنّه مال مأخوذ وله مالك وهو المسجد بناء على صحّة اعتبار
قاعده ضمان ید، ص: ۲۴۲
الملكيّة له، كما هو الظاهر؛ فلا يرتفع الضـمان إلّابالأداء عيناً أو مثلًا أو قيمة؛ وإن كان المأخوذ نفس المسـجد، فالظاهر شمول الحديث له أيضاً كمـا قلنـا فى الحرّ فيترتّب عليه ضـمان العين؛ فـإذا انهـدم بمثل‌السـيل يجب على الضامن تعميره وتجديـد بناءه. نعم، لا مجال للحكم بضمان المنافع بعد كون المنفعة من الامور الاخرويّة مثل الصلاة والذكر؛ وهل الحكم كذلك فيما إذا اتّخذ المسجد المستولى عليه مسكناً ومحلّاً لسكناه وسكنى أهله مثلًا، فلا يضمن ما يقابله من الماليّة أو يضمن؟ الظاهر هو الأوّل.
فتدبّر.

به نظر می‌رسد بخش اوّل عبارت ایشان، به فرض اوّل از قسم دوّم کلام مرحوم محقّق رشتی باز می گردد که اوقاف عامّه‌ای هستند که منافع دنیوی مثل سکونت و رکوب دارند؛ به عبارت دیگر، چنین منافعی در عرف، از آن‌ها مورد توقّع و انتظار است. ایشان در این مورد قائل به ضمان شده‌اند؛ مرحوم رشتی نیز در این فرض ضمان عین و منفعت را قائل شده‌اند. اما بخش آخر عبارت که منافع اخروی است، روشن است که در آن‌ها ضمان معنا ندارد؛ چرا که در صدق منفعت در این امور، تردید است؛ و استفاده نماز و یا ذکر عنوان منفعت ندارد. البته، چه بسا از قبیل انتفاع باشد؛ همان گونه که نفس حضور در مسجد و نشستن در آن جا و یا حتی خوابیدن را نمی‌توان از منافع مسجد محسوب نمود.

دیدگاه محقّق بروجردی رحمه الله در مورد اوقاف عامّه

ایشان در کتاب الغصب[۲۲۹] موقوفات را به سه قسم تقسیم کرده‌اند:

۱- اگر عین موقوفه برای جماعت معیّنی وقف شود به این منظور که آن جماعت از منافع آن استفاده نمایند، و در نتیجه، منافع، ملک آنان محسوب

قاعده ضمان ید، ص: ۲۴۳

شود، ضمان نسبت به عین و منفعت، هر دو، وجود دارد.

۲- چیزی برای جهت یا عنوانی وقف شود، مانند این که زمینی را برای عنوان مسجد یا مدرسه وقف کنند به نحوی که منافع آن ملک برای همان عنوان و جهت باشد و متولّی آن را اجاره دهد و اجرت آن را صرف در همان جهت نماید؛ حکم این قسم نیز همان حکم قسم است.

۳- یک چیزی برای جمیع مردم یا برای جماعت معیّنی وقف شده باشد، امّا نه به نحوی که آن جماعت مالک منفعت گردند و بلکه فقط صرف انتفاع باشد، مانند این که مدرسه‌ای را وقف نمایند تا طلّاب در آن سکونت کنند؛ ایشان در تحقّق غصب در این مورد و در شمول حدیث علی الید نسبت به این مورد، دو احتمال داده‌اند:

الف: این موارد گرچه ملک موقوف علیهم نیست، امّا متعلّق حقّ آنان است، مانند عین مرهونه که متعلّق حقّ مرتهن است؛ در نتیجه، ضمان وجود دارد.

ب: در این موارد عین خارجی نه ملک کسی است و نه منافع آن ملک کسی است و موقوف علیهم فقط حقّ انتفاع دارند؛ در این صورت، اگر غاصب مانع استفاده آنان شود، فقط مرتکب حرام شده و ضمان و غصبی وجود ندارد.

ایشان بعد از این دو احتمال، اوّلی را ترجیح داده و معتقدند لازم نیست عینی که استیلای بر آن وجود دارد، در حدیث علی الید ملک باشد؛ بلکه آن چه بر طبق این حدیث لازم است، آن که: غاصب بر عین مالی استیلا پیدا کند به طوری که آثار قبل از استیلا دیگر بر آن مترتّب نگردد؛ و این امر، موجب ضمان می‌شود.

سپس فرموده‌اند: مطابق حدیث، نه مأخوذ منه لازم است و نه مؤدّی إلیه، بلکه مالی که باید به نحو خاصّی در اختیار کسی باشد اگر دیگری بر آن استیلا پیدا کند به صورتی که دیگر آن آثار خاصّ در میان نباشد، ضمان تحقّق دارد.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۴۴

لذا، ایشان در غصب مساجد نیز ضمان را پذیرفته و حدیث علی الید را در آن و نظائر آن، جاری می‌دانند.

والد محقّق[۲۳۰] در ذیل کلام محقّق بروجردی رحمه الله فرموده است: نسبت به اوقاف عامّه‌ای که منفعت آن برای جهت خاصّی باشد، ضمان وجود دارد. اگر باغی را برای فقرا یا برای جهت خاصّی مثل مسجد یا مدرسه وقف نموده باشند و غاصبی آن را غصب کند، ضامن است؛ امّا اوقاف عامّه‌ای که برای جهت خاصّی نباشد مثل خود مساجد یا مقابر یا طرق و شوارع، در اینها فقط

حکم تکلیفی حرمت غصب و حکم تکلیفی وجوب ردّ ثابت است و دیگر ضمانی نیست.

ایشان در مقابل فرمایش استاد خودشان محقّق بروجردی فرموده‌اند:

«المتفاهم العرفی من حدیث «علی الید» أن یکون هنا شیئاً قابلًا للأخذ ممّن یتعلّق به من مالکه أو ذی حقّه».

و فرموده‌اند: چنین عنوانی در مثل مسجد یا مدرسه وجود ندارد. گرچه عنوان غصب، حرمت آن و وجوب ردّ وجود دارد. سپس، بر آن چه که مرحوم بروجردی در مورد حقّ رهانت قائل شده و مانند شهید دوّم قدس سره در مسالك ضمان را پذیرفته، اشکال کرده و فرموده‌اند:

«وما فی کلام سیّدنا الاستاذ من ثبوت الحقّ فی هذه الموارد مثل ثبوت حقّ الرهن بالاضافة إلی المرتهن یدفعه أنّ لازمه ثبوت حقّین بالنسبة إلی الطالب الواجد لشرائط وقف المدرسة أو أسکن فی إحدی حجراتها، أحدهما حقّ السکونة والثانی حقّ الاولویّة الموجود فی المساکن.

وکذا بالاضافة إلی حقّ الاولویّة الموجود للسابق فی المسجد فإنّ تصرّف مکانه حینئذ یستلزم عدم رعایة الحقّین إذا اضطرّ بعد

قاعده ضمان ید، ص: ۲۴۵

غصب حقّ الاولویّة إلی الخروج من المسجد رأساً مع أنّه من الظاهر خلافه»[۲۳۱].

اشکالات وارد بر دیدگاه محقّق بروجردی رحمه الله

بر کلام ایشان مناقشاتی وارد است:

۱- همان طوری که در گذشته نیز بیان نمودیم، گرچه در حدیث علی الید، عنوان اخذ یا قبض یا اداء آمده است، امّا هیچ کدام از این‌ها خصوصیّتی ندارد؛ بلکه این عبارت، ارشاد به یک حکم عقلائی است که دائره‌ی آن محدود به اخذ و مأخوذٌمنه و مؤدّی إلیه نمی‌شود.

۲- در این که در رهن، حقّی برای مرتهن ثابت است، تردیدی وجود ندارد؛ اعمّ از این که با تصرّف عدوانی راهن، ضمان را بپذیریم و یا نپذیریم. به عبارت دیگر، پذیرفتن ضمان کاشف از وجود حقّ برای مرتهن نیست. امّا این که آورده‌اند باید در طالب واجد شرایط دو حقّ را بپذیریم، یکی حقّ السکونة و دیگر حقّ اولویت، به نظر می‌رسد چنین لازمی بر کلام مرحوم بروجردی مترتّب نمی‌شود؛ و از نظر عقلا حقّ اولویّت همان حقّ سکونت است و یک حقّ مستقلی نیست.

تا این‌جا روشن شد که کلام محقّق بروجردی رحمه الله تامّ است و باید در اوقاف عامّه، در همه موارد ضمان را مطابق ضوابط و قواعد پذیرفت. البته، ممکن است ارتکاز متشرّعه مانع از این امر باشد. به این بیان که در ارتکاز متشرّعه در این موارد ضمان وجود ندارد؛ و چه بسا شارع مقدّس در مساجد، رباطات و شوارع به همان حکم تکلیفی حرمت غصب و وجوب ردّ اکتفا نموده باشد؛ و اساساً ضمان را برای عدم تضییع اموال و املاک مردم تنظیم فرموده باشد. واللّه العالم.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۴۷

تنبیه پنجم: موضوعیّت پرداختِ به مالک در رفع ضمان

مطلب دیگر آن است که غایت مذکور در حدیث- «حتی تؤدّیه»- آیا موضوعیّت دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، در صورتی که عین مال باقی است و امکان ردّ آن به مالك وجود دارد، آیا ادای آن به مالك تنها راه برای رفع ضمان است یا این که ادا خصوصیت و موضوعیت ندارد؟

یکی از فروعی که فقها در باب غصب بیان نموده‌اند، آن است که اگر غاصبی مالی را از کسی غصب کند، سپس مالك مال، آن

را- قبل از آن که از غاصب بگیرد- به عنوان رهن در مقابل دین و قرضی که بر عهده او است، قرار دهد، آیا مجرّد رهن گذاشتن رافع ضمان است؟ به عبارت دیگر، آیا ضمانی که به سبب غصب حاصل شده است، به سبب رهن زائل می‌شود یا خیر؟

اگر بپذیریم که ضمان زائل می‌شود، بدین معنا است که غایت وارد در حدیث، موضوعیّت ندارد، و بلکه امور دیگر هم می‌تواند رافع ضمان باشد.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۴۸

مرحوم شیخ[۲۳۲]، محقّق[۲۳۳]، علّامه[۲۳۴]، شهید اوّل[۲۳۵]، شهید ثانی[۲۳۶] و محقّق ثانی[۲۳۷] تصریح نموده‌اند رهن زائل ضمان نیست. مرحوم صاحب جواهر[۲۳۸] فرموده است: بقای ضمان مختار اکثر فقها است. و در مقابل، مرحوم علّامه در قواعد[۲۳۹] و محقّق اردبیلی[۲۴۰] و برخی دیگر، معتقد به زوال ضمان شده‌اند.

دلیل قول اوّل آن است که بر حسب ظاهر حدیث، غایت موضوعیت دارد؛ و چون در فرض مسأله، ادا محقّق نشده است، ضمان به قوّت خود باقی است.

به نظر می‌رسد، گرچه بر حسب قواعد و ضوابط، چنین تعابیری ظهور در موضوعیّت دارد، لیکن این مطلب در فرضی است که قرائن بر خلاف در میان نباشد، و در فرض مسأله، قرائنی داریم دالّ بر این که این عنوان خصوصیت و موضوعیّت ندارد:

الف- چنان چه بعد از تحقّق غصب، مالک ذمّه غاصب را ابرا نماید و رضایت خویش را اعلام کند، تردیدی نیست که ضمان رفع می‌شود.

ب- چنان چه غاصب به مالک دسترسی پیدا نکند، می‌تواند عین مال یا قیمت آن را از جانب مالک به عنوان صدقه به فقیر بپردازد. این عمل بااذنی است که از طرف شارع مقدّس صادر شده است. در این فرض هم بالاخره، عین مال به مالک ادا نشده است؛ و حال آن که عنوان صدقه با اذنی که از شارع

قاعده ضمان ید، ص: ۲۴۹

صادر شده‌است، رافع ضمان خواهد بود.

با این قرائن روشن می‌شود که غایت مذکور در حدیث علی الید، موضوعیت ندارد.

نکته دیگری که توجه به آن لازم است، این است که با رهن قرار دادن، چه بسا بتوان گفت ید از عنوان ید عدوانی خارج و منقلب به ید غیر عدوانی می‌شود.

نظیر مسأله رهن، مسأله قراض و مضاربه است. بسیاری از فقها فتوا داده‌اند:

چنان چه غاصب مالی را غصب کند، صاحب مال می‌تواند آن مال را به عنوان عقد مضاربه با غاصب قرار دهد. قاضی ابن برّاج رحمه الله آورده است: «إن کان له فی ید غیره ألف غصباً فقارض به صاحب المال الغاصب علیه کان صحیحاً»[۲۴۱]؛ همین‌طور محقّق ثانی رحمه الله آورده است: «لو ضارب الغاصب بالمال الّذی فی یده فلا کلام فی الصحّة»[۲۴۲]، علّامه قدس سره نیز بیان می‌فرماید: «صحّ عندنا لاستجماع شرائط الصحّة»[۲۴۳]؛ و محدّث بحرانی رحمه الله تصریح نموده که این حکم اجماعی است: «الظاهر أنّ الحکم إتّفاقی عند الأصحاب إذ لم أقف علی نقل خلاف فی المسألة»[۲۴۴].

از بررسی کلمات فقها استفاده می‌شود که در اصل صحّت مضاربه تردید و خلافی نیست؛ بلکه خلاف در این است که آیا به مجرّد عقد مضاربه، عنوان غصب و اثر آن که عبارت از ضمان است، از بین می‌رود یا خیر؟ در پاسخ این سؤال، دو قول وجود دارد.

قول اوّل آن است که به مجرّد عقد مضاربه، ضمان از بین می‌رود؛ زیرا، عنوان غصب منتفی می‌شود. مرحوم علّامه در قواعد[۲۴۵] آورده است: «لأنّ ضمان الغصب یتبع الغصب والغصب قد زال بعقد القراض فیزول تابعه». فخر

قاعده ضمان ید، ص: ۲۵۰

المحقّقین رحمه الله در ایضاح الفوائد نیز همین نظریّه را پذیرفته، و استدلال نموده است به این که: «القراض أمانهٔ فصحّهٔ عقده یوجب کون المال أمانهٔ لأنّ معنی الصحّهٔ ترتّب الأثر ولانتفاء علّهٔ الضمان لزوال الغصب ولأنّه أذن فی بقائه فی یده»[۲۴۶]. مرحوم محدّث بحرانی و محقّق اردبیلی رحمهما الله نیز با این رأی موافقت نموده‌اند. سید یزدی رحمه الله در عروه نیز همین نظریّه را دارد: «الأقوی انّه یرتفع الضمان بذلک لانقلاب الید حینئذ فینقلب الحکم»[۲۴۷]؛ اکثر محشّین عروه نیز با نظریّه سیّد موافقت نموده‌اند.

از میان علمای عامّه نیز ابوحنیفه و مالک همین نظریّه را پذیرفته‌اند.

قول دوّم آن است که به مجرّد عقد مضاربه، ضمان از بین نمی‌رود. محقّق ثانی رحمه الله در جامع المقاصد همین نظریّه را اختیار نموده است:[۲۴۸]

قاعده ضمان ید ؛ ص ۲۵۰

«الأقرب بقاء الضمان للاستصحاب حتّی یحصل الناقل، ولقوله علیه السلام «علی الید ما أخذت حتّی تودی»، حکم باستمرار الضمان إلی زمان الأداء، أداء المال إلی البائع ثمناً، لأنّ الضمان متعلّق بالمدفوع وقد خرج عن الملک والمبیع مال تجدّد علی حکم الأمانهٔ ولا خلاف فی هذا»[۲۴۹].

جمعی دیگر از فقها، از جمله شهید ثانی رحمه الله در مسالک[۲۵۰]، شیخ طوسی رحمه الله در مبسوط[۲۵۱]، محقّق سبزورای رحمه الله در کفایهٔ الاحکام[۲۵۲]، محقّق حلّی رحمه الله در شرائع[۲۵۳] و

قاعده ضمان ید، ص: ۲۵۱

مرحوم نجفی رحمه الله در جواهر الکلام[۲۵۴] همین نظریّه را پذیرفته‌اند.

علاوه بر استصحاب، مهمترین دلیل آنان دو مطلب است. اوّل این که بین صحّت عقد مضاربه و ضمان منافاتی نیست؛ چرا که در سایر موارد که عقد مضاربه واقع می‌شود، چنان چه عامل، تعدّی و تفریط نماید، ضامن است.

نتیجه آن که بین ضمان و صحّت عقد مضاربه منافاتی وجود ندارد.

دوّم این که از حدیث علی الید استفاده می‌شود غاصب باید مال را یا به مالک برگرداند و یا به کسی که از طرف مالک مأذون است؛ و با عقد مضاربه، چنان چه عامل، با آن مال، جنسی را از بایعی خریداری کند، چون از طرف مالک، بایع مأذون است، پول را تحویل بگیرد، در این صورت هم ادا محقّق شده است.

به نظر می‌رسد هر سه دلیل فوق مخدوش است:

امّا استصحاب روشن است که با تحقّق عقد مضاربه، ید از عنوان ید عدوانی به ید امانی انقلاب پیدا کرده است، و چنان چه عقد مضاربه را صحیح بدانیم، باید آثار صحت- که همین انقلاب است- را بر آن مترتّب نمائیم؛ و حتّی باید بپذیریم ضمانی که معلول غصب بوده، از بین می‌رود؛ و چنان چه بعد از تحقق عقد مضاربه، عامل، در حفظ آن مال، تعدّی و تفریط نکرده باشد و آن مال تلف شود، ضمانی در کار نخواهد بود؛ و اگر تعدّی نموده باشد، ضمان جدیدی که معلول علّت جدیدی است، تحقق پیدا می کند؛ و با انقلابی که حاصل شده، دیگر مجالی برای استصحاب نیست.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۵۲

و امّا دلیل دوّم، بطلان آن از مطلب قبل روشن می‌شود. گرچه بین عقد مضاربه و ضمان منافاتی نیست، امّا این عدم منافات، اختصاص به تعدّی و تفریط بعد از عقد مضاربه دارد؛ در حالی که بحث فعلًا در حین عقد مضاربه است. ما معتقدیم که صحّت عقد مضاربه و ترتیب اثر آن، ملازمه‌ی روشنی با رفع عنوان غصب دارد، و یَد را تبدیل به یَد امانی می کند؛ و بنابراین، اثر غصب که عبارت از ضمان است، از بین می‌رود.

و امّا دلیل سوم که استدلال به حدیث علی الید است، بطلان استدلال به آن از مطالب گذشته روشن می‌شود. همان طور که قبلًا ذکر نمودیم، استدلال به حدیث در این مورد، در صورتی قابل قبول است که غایت موجود در آن، موضوعیّت داشته باشد، در حالی که بیان نمودیم این غایت موضوعیّت ندارد.

نتیجه مطلب آن است که قول اوّل مطابق با تحقیق است؛ و همان طور که رهن را رافع ضمان دانستیم، باید عقد قراض یا مضاربه را نیز رافع بدانیم؛ و نمی‌توان بین این دو عنوان فرقی قائل شد. حتّی هیچ نیازی به دفع مال به بایع نیست، و این که برخی گفته‌اند به مجرّد عقد مضاربه، ضمان از بین نمی‌رود، و بلکه چنان چه غاصب مال را به دیگری مانند بایع سلعه تحویل داد، ضمان مرتفع می‌شود، هیچ دلیلی بر آن نداریم.

از این بحث روشن می‌شود اگر مالک مال را به عنوان ودیعه، یا اجاره و یا هبه در اختیار غاصب قرار دهد، در تمامی صورت‌ها ضمان مرتفع می‌شود.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱- آل بحر العلوم، السیّد محمّد، بلغهٔ الفقیه، تحقیق و تعلیق: السیّد حسین بن السیّد محمّد تقی آل بحر العلوم، تهران: مکتبهٔ الصادق، الطبعهٔ الرّابعهٔ، ۱۴۰۳ ق.

۲- الأردبیلی، احمد بن محمّد، مجمع الفائدهٔ والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، تحقیق و تصحیح: مجتبی العراقی، علی‌پناه اشتهاردی و حسین الیزدی، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۳- الأرنؤوط، شعیب و بشّار عوّاد معروف، تحریر تقریب التهذیب، بیروت: مؤسسهٔ الرسالهٔ، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۷ ق.

۴- الإحسائی، محمّد بن علی بن ابراهیم المعروف بابن ابی جمهور، عوالی اللئالی العزیزیّهٔ فی الأحادیث الدینیّهٔ، تحقیق: آقا مجتبی العراقی، قم: مطبعهٔ سید الشهداء علیه السلام، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۰۳ ق.

۵- الأسدی، حسن بن یوسف بن المطهّر (العلّامهٔ الحلّی)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، تحقیق: قسم الفقه فی مجمع البحوث الإسلامیهٔ، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیهٔ، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۲ ق.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۵۴

۶--، قواعد الأحکام فی معرفهٔ الحلال والحرام، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامی، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۳ ق.

۷--، مختلف الشیعهٔ فی أحکام الشریعهٔ، تحقیق: مرکز الأبحاث والدراسات الإسلامیهٔ، قم: مرکز الأبحاث والدراسات الإسلامیهٔ، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۲ ق.

۸--، تذکرهٔ الفقهاء، قم: مؤسسهٔ آل البیت علیهم السلام لإحیاء التراث، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۴ ق.

۹--، تحریر الأحکام الشرعیّهٔ علی مذهب الإمامیّهٔ، تحقیق: ابراهیم البهادری، اشراف: جعفر السبحانی، قم: مؤسسهٔ الإمام الصادق علیه السلام، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۲۱ ق.

۱۰--، إیضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، تعلیق: السیّد حسین الموسوی الکرمانی، الشیخ علی‌پناه الإشتهاردی والشیخ عبد الرحیم البروجردی، قم:

المطبعهٔ العلمیهٔ، الطبعهٔ الاولی، ۱۳۸۸ ق.

۱۱- الإشتهاردی، علی‌پناه، تقریرات ثلاثهٔ، تقریراً لبحث السیّد الحاج آقا حسین البروجردی، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامی، الطبعهٔ

الاولى، ۱۴۱۳ ق.

۱۲- الإصفهانی، محمّد حسين، حاشية المكاسب، قم: دار المصطفى صلى الله عليه و آله لإحياء التراث، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ ق.

۱۳- الأنصارى، مرتضى، كتاب المكاسب، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، قم:

مجمع الفكر الإسلامى، الطبعة الاولى، ۱۴۲۰ ق.

۱۴- الإيروانى الغروى، على، حاشية المكاسب، تحقيق: باقر الفخّار الإصفهانى، قم: دار ذوى القربى، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ ق.

۱۵- إبن أبى الحديد، شرح نهج البلاغة، تحقيق: محمّد ابو الفضل ابراهيم، قم: مؤسسة مطبوعاتى اسماعيليان، بى تا.

۱۶- إبن قدامة المقدسى، عبداللّه بن احمد، المغنى والشرح الكبير، تحقيق: محمّد شرف الدين خطّاب والسيّد محمّد السيّد، قاهرة: دار الحديث، ۱۴۲۵ ق.

قاعده ضمان يد، ص: ۲۵۵

۱۷- البحرانى، يوسف، الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، تحقيق و تعليق: محمّد تقى الإيروانى، قم: مؤسسة النشر الإسلامى، بى تا.

۱۸- البجنوردى، السيّد محمّد حسن، القواعد الفقهيّة، تحقيق: مهدى المهريزى و محمّد حسين الدرايتى، قم: نشر الهادى، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹.

۱۹- البروجردى، مرتضى، المستند فى شرح العروة الوثقى، تقريراً لأبحاث السيّد ابو القاسم الموسوى الخوئى، قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئى، ۱۴۲۱ ق.

۲۰- الترمذى، محمّد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذى (الجامع الصحيح)، بيروت: درر إحياء التراث العربى، ۱۴۱۵ ق.

۲۱- التوحيدى، محمّد على، مصباح الفقاهة فى المعاملات، تقريراً لأبحاث السيّد ابو القاسم الموسوى الخوئى، قم: مؤسسة انصاريان، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۷ ق.

۲۲- الحرّ العاملى، محمّد بن الحسن، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ ق.

۲۳- الحسينى المراغى، السيّد مير عبد الفتّاح، العناوين، قم: مؤسسة النشر الإسلامى، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ ق.

۲۴- الحلبى، السيّد حمزة بن على بن زهرة، غنية النزوع إلى علمى الاصول والفروع، تحقيق: ابراهيم البهادرى، قم: مؤسسة الإمام الصادق عليهم السلام، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ ق.

۲۵- الحلّى، احمد بن إدريس، كتاب السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى، قم: مؤسسة النشر الإسلامى، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۷ ق.

۲۶--، المهذّب البارع فى شرح المختصر النافع، تحقيق: مجتبى العراقى، قم:

مؤسسة النشر الإسلامى، الطبعة الثالثة، ۱۴۱۴ ق.

۲۷- الحلّى، حسن بن على بن داود، كتاب الرجال، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۲ ق.

۲۸- الحلّى، جعفر بن الحسن (المحقّق الحلّى)، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام،

قاعده ضمان يد، ص: ۲۵۶

تحقيق، اخراج و تعليق: عبدالحسين محمّد على، نجف الأشرف، مطبعة الآداب، الطبعة الاولى، ۱۳۹۸ ق.

۲۹- الحنفى الحموى، احمد بن محمّد، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلميّة، الطبعة الاولى، ۱۴۰۵ ق.

۳۰- الخراسانى، محمّد كاظم، حاشية المكاسب، تصحيح و تعليق: سيد مهدى شمس الدين، تهران: وزارت ارشاد اسلامى، الطبعة

الاولی، ۱۴۰۶ ق.

۳۱- الخراسانی السبزواری، محمّد باقر بن محمّد مؤمن، کفایهٔ الفقه المشتهر ب «کفایهٔ الأحکام»، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامی، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۲۳ ق.

۳۲- الخفیف، علی، الضمان فی الفقه الإسلامی، قاهره: دار الفکر العربی، ۱۹۹۷ م.

۳۳- الدارمی، عبد اللّٰه بن عبد الرحمن بن الفضل، سنن الدارمی، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.

۳۴- الربعی القزوینی، محمّد بن یزید بن ماجهٔ، سنن ابن ماجهٔ، بیروت: دار الکتب العلمیّهٔ، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۹ ق.

۳۵- السجستانی، سلیمان بن الأشعث بن عمرو بن عامر، سنن أبی داود، بیروت: دار ابن حزم، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۸ ق.

۳۶- السیوری الحلّی، مقداد بن عبد اللّٰه، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، تحقیق: السیّد عبد اللطیف الحسینی الکومکری، اهتمام: السیّد محمود المرعشی، قم: مکتبهٔ آیهٔ اللّٰه المرعشی النجفی، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۰۴ ق.

۳۷- الشافعی، محمّد بن إدریس، الامّ، بیروت، دار الفکر، الطبعهٔ الثانیهٔ، ۱۴۰۳ ق.

۳۸- الشربینی الخطیب، محمّد بن احمد، مغنی المحتاج إلی معرفهٔ معانی الفاظ المنهاج، بیروت: دار الفکر، بی‌تا.

۳۹- الشوکانی، محمّد بن علی بن محمّد، نیل الأوطار من أحادیث سیّد الأخیار (شرح منتقی الأخبار)، بیروت: دار الکتب العلمیّهٔ، بی‌تا.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۵۷

۴۰- الشیبانی، احمد بن محمّد بن حنبل، المسند، ضبط و مراجعه: صدقی جمیل العطّار، بیروت، دار الفکر، الطبعهٔ الثانیهٔ، ۱۴۱۴ ق.

۴۱- الصنهاجی القرافی، احمد بن إدریس، الفروق أو أنوار البروق فی أنواء الفروق، ضبط و تحقیق: خلیل المنصور، بیروت: دار الکتب العلمیّهٔ، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۸ ق.

۴۲- العاملی، محمّد بن مکّی (الشهید الأوّل)، الدروس الشرعیّهٔ فی فقه الإمامیهٔ، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامی، الطبعهٔ الثانیهٔ، ۱۴۱۷ ق.

۴۳- العاملی، زین الدین بن علی (الشهید الثانی)، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسهٔ المعارف الإسلامیهٔ، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۳ ق.

۴۴- العجلی، محمّد بن منصور بن احمد بن إدریس، مستطرفات السرائر، قم: مدرسهٔ الإمام المهدی علیه السلام، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۰۸ ق.

۴۵- الغزالی، محمّد بن محمد بن محمّد، الوجیز فی فقه الإمام الشافعی، تحقیق: علی معرّض، عادل عبد الموجود، بیروت: شرکهٔ دار الأرقم بن أبی الأرقم، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۱۸ ق.

۴۶- الغزالی، محمّد بن محمّد، الوجیز فی فقه الإمام الشافعی، بیروت: دار الأرقم، ۱۴۱۸ ق.

۴۷- الغضائری، احمد بن الحسین بن عبید اللّٰه، رجال ابن الغضائری، قم: دار الحدیث، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۲۲ ق.

۴۸- الفاضل اللنکرانی، محمّد، القواعد الفقهیّهٔ، قم: مرکز فقه الأئمّهٔ الأطهار علیهم السلام، الطبعهٔ الثانیهٔ، ۱۴۲۵ ق.

۴۹--، تفصیل الشریعهٔ فی شرح تحریر الوسیلهٔ، کتاب الغصب وإحیاء الموات والمشترکات واللقطهٔ، قم: مرکز فقه الأئمّهٔ الأطهار علیهم السلام، الطبعهٔ الاولی، ۱۴۲۹ ق.

۵۰- الفخر الرازی، التفسیر الکبیر، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، الطبعهٔ الرابعهٔ، ۱۴۲۲ ق.

۵۱- الفرّاء البغوی، الحسین بن مسعود، شرح السنّهٔ، بیروت: المکتب الإسلامی، الطبعهٔ الثانیهٔ، ۱۴۰۳ ق.

قاعده ضمان ید، ص: ۲۵۸

۵۲- القاسمی، محمّد جمال الدین، تفسیر القاسمی المسمّی محاسن التأویل، تعلیق: الشیخ عبدالقادر عرفان العشّا حسّونهٔ الدمشقی،

بيروت: دار الفكر، ۱۴۲۵ ق.

۵۳- القرشى الدمشقى، ابو الفداء اسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، قاهره: مكتبهٔ دار التراث، بى‌تا.

۵۴- الطباطبائى، السيّد على، رياض المسائل، فى بيان أحكام الشرع بالدلائل، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامى، الطبعهٔ الاولى، ۱۴۲۰ ق.

۵۵- الطباطبائى، السيّد محمّد حسين، الميزان فى تفسير القرآن، قم: مؤسسهٔ مطبوعاتى اسماعيليان، الطبعهٔ الثالثهٔ، ۱۳۹۳ ق.

۵۶- الطباطبائى الحكيم، السيّد محسن، مستمسك العروهٔ الوثقى، بيروت: دار إحياء التراث العربى، الطبعهٔ الرابعهٔ، ۱۳۹۱ ق.

۵۷- الطباطبائى اليزدى، السيّد محمّد كاظم، حاشيهٔ المكاسب، قم: دار المصطفى صلى الله عليه و آله لإحياء التراث، الطبعهٔ الالى، ۱۴۲۳ ق.

۵۸--، العروهٔ الوثقى، تعليق: عدّهٔ من الفقهاء العظام، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامى، الطبعهٔ الاولى، ۱۴۱۹ ق.

۵۹- الطبرسى، أبو على الفضل بن الحسن، مجمع البيان فى تفسير القرآن، بيروت: دار الفكر، ۱۴۱۴ ق.

۶۰- الطبرى، محمّد بن جرير، تاريخ الامم والملوك (تاريخ الطبرى)، قاهره: مطبعهٔ الإستقامهٔ، ۱۳۵۸ ق.

۶۱- الطوسى، محمّد بن الحسن، إختيار معرفهٔ الرجال المعروف ب «رجال الكشّى»، تحقيق و تصحيح: محمّد تقى فاضل الميبدى والسيّد ابو الفضل الموسويان، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، الطبعهٔ الاولى، ۱۴۲۴ ق.

۶۲--، المبسوط فى فقه الإماميهٔ، تصحيح و تعليق: السيّد محمّد تقى الكشفى، تهران: المكتبهٔ المرتضويهٔ، الطبعهٔ الاولى، الثالثهٔ، ۱۳۷۸ ق.

قاعده ضمان يد، ص: ۲۵۹

۶۳--، تهذيب الأحكام، تصحيح و تعليق: على اكبر الغفارى، تهران: مكتبهٔ الصدوق، الطبعهٔ الاولى، ۱۴۱۷ ق.

۶۴--، الخلاف، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامى، الطبعهٔ الخامسهٔ، ۱۴۱۷ ق.

۶۵- الكركى، على بن الحسين (المحقّق الثانى)، جامع المقاصد فى شرح القواعد، قم:

مؤسسهٔ آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعهٔ الاولى، ۱۴۰۸ ق.

۶۶- الكلينى، محمّد بن يعقوب، الكافى، تحقيق: محمّد جواد الفقيه، فهرست و تصحيح:

يوسف البقاعى، بيروت: دار الأضواء، ۱۴۱۳ ق.

۶۷- الماردينى، علاء الدين على بن عثمان، الشهيد بابن التركمانى، الجوهر النقىّ، چاپ شده در ذيل «السنن الكبرى للبيهقى»، بيروت: دار صادر، بى‌تا.

۶۸- المامقانى، محمّد حسن، غايهٔ الآمال فى حاشيهٔ المكاسب، مع نهايهٔ المقال فى تكملهٔ غايهٔ الآمال للشيخ عبد اللَّه المامقانى، تحقيق: محمّد امينى المامقانى، قم: مطبعهٔ الصداقهٔ، الطبعهٔ الاولى، ۱۴۲۳ ق.

۶۹- المجلسى، محمّد باقر، بحار الأنوار، بيروت: مؤسسهٔ الوفاء، الطبعهٔ الثانيهٔ، ۱۴۰۳ ق.

۷۰- المزنى، اسماعيل بن يحيى، مختصر المزنى فى فروع الشافعيّهٔ، تحشيه: محمّد عبد القادر شاهين، بيروت: دار مكتب العلميهٔ، الطبعهٔ الاولى، ۱۴۱۹ ق.

۷۱- الموسوى البغدادى، على بن الحسين (الشريف المرتضى)، الانتصار، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامى، الطبعهٔ الاولى، ۱۴۱۵ ق.

۷۲- الموسوى الخمينى، السيّد روح اللَّه (الإمام الخمينى)، كتاب البيع، تهران: مؤسسهٔ تنظيم و نشر آثار الإمام الخمينى، الطبعهٔ الاولى، ۱۴۲۱ ق.

۷۳- الموسوى الخوانسارى، محمّد باقر، روضات الجنّات فى أحوال العلماء والسادات، تحقيق: اسد اللَّه اسماعيليان، قم: مكتبهٔ اسماعيليان، ۱۳۹۲ ق.

۷۴- الموسوی السبزواری، السیّد عبد الأعلی، مهذّب الأحکام فی بیان الحلال والحرام، قم:
دفتر آیت اللّه العظمی السیّد السبزواری، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۶ ق.
قاعده ضمان ید، ص: ۲۶۰

۷۵- النجفی، محمّد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تحقیق و تعلیق: عباس القوچانی، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، الطبعة الاولی، بی تا.

۷۶- النجفی الخوانساری، موسی بن محمّد، منیة الطالب فی شرح المکاسب، تقریرات المحقّق المیرزا محمّد حسین النائینی، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، الطبعة الاولی، ۱۴۲۱ ق.

۷۷- النراقی، احمد، عوائد الأیّام، تحقیق: مرکز الابحاث والدراسات الإسلامیة، قم: مکتب الإعدام الإسلامی (دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)، الطبعة الاولی، ۱۴۱۷ ق.

۷۸- النراقی، المولی محمّد، مشارق الأحکام، تحقیق: السیّد حسین الوحدتی الشبیری، قم:
مؤتمر المولی مهدی النراقی، الطبعة الثانیة، ۱۴۲۲ ق.

۷۹- النوری الطبرسی، میرزا حسین، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، بیروت:
مؤسسة آل البیت لإحیاء التراث، الطبعة الثانیة، ۱۴۰۹ ق.

۸۰- النووی، محیی الدین بن شرف، المجموع شرح المهذّب، تحقیق و تقدیم: محمود مطرجی، بیروت: دار الفکر، الطبعة الاولی، ۱۴۱۷ ق.

۸۱- الهذلی الحلّی، جعفر بن الحسن (المحقّق الحلّی)، المختصر النافع، قم: مؤسسة البعثة، الطبعة الثانیة، ۱۴۱۶ ق.

۸۲- الیوسفی، حسن بن ابی‌طالب (الفاضل الآبی)، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، تحقیق: علی‌پناه الإشتهاردی، حسین الیزدی، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، الطبعة الثالثة، ۱۴۱۷ ق[۲۵۵]

---

[۱] (۱). محمد بن حسن حرّ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۶۲، ح ۵۲.

[۲] (۱). احمد بن ادریس الصنهاجی القرافی، الفروق أو أنوار البروق فی أنواء الفروق، ج ۱، ص ۷.

[۳] (۲). به نقل از: مقدّمة التحقیق کتاب« القواعد الفقهیّة» مرحوم بجنوردی.

[۴] (۱). محمّد بن منصور بن احمد بن ادریس الحلّی، مستطرفات السرائر، ج ۳، ص ۵۷۵؛ محمّد بن الحسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۶۲، باب ۶ از ابواب صفات القاضی، ح ۵۲.

[۵] (۲). محمّدباقر المجلسی، بحار الأنوار، ج ۱۰۴، ص ۱۸۷؛ محمّدباقر الموسوی الخوانساری، روضات الجنّات، ج ۷، ص ۸.

[۶] (۱). به عنوان نمونه می‌توان به کتاب‌های زیر اشاره نمود:
« جامع الفوائد فی تلخیص القواعد»، تألیف: أبوعبداللّه الفاضل المقداد السیوری رحمه الله؛« تمهید القواعد الأصولیّة والعربیّة لتفریع فوائد الأحکام الشرعیّة»، تألیف: زین‌الدین بن علی بن احمد العاملی رحمه الله؛« القواعد الستّة عشر»، تألیف: الشیخ جعفر کاشف الغطاء رحمه الله؛« الأصول الأصلیّة والقواعد الشرعیّة»، تألیف: السیّد عبداللّه شبّر رحمه الله؛« عوائد الأیّام»، تألیف: المولی احمد النراقی رحمه الله؛« المقالید الجعفریّة فی القواعد الإثنی عشریة»، تألیف: محمّدجعفر الإسترابادی رحمه الله؛« عناوین الأصول»، تألیف: السیّد میرعبدالفتّاح الحسینی المراغی رحمه الله؛« بلغة الفقیه»، تألیف: السیّدمحمّد بحرالعلوم الطباطبائی رحمه الله؛« القواعد الفقهیّة»،

تألیف: السیّد محمّدحسن البجنوردی رحمه الله؛« القواعد الفقهیّة»، تألیف: الشیخ محمّد الفاضل اللنکرانی رحمه الله؛ و کتاب‌های دیگری که در همین رابطه نوشته شده‌اند.

[۷] (۱).« لو دفع الزکاة باعتقاد الفقر فبان کون القابض غنیّاً، فإن کانت العین باقیة ارتجعها، وکذا مع تلفها، لأنّ القابض ضامن بعموم علی الید، لأنّه استولی علی مال الغیر بدون الإذن والإحسان، فتصبح الید عادیة وموجبة للضمان». ر. ک: السیّد محسن الحکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۹، ص ۲۳۶؛ المستند فی شرح العروة الوثقی، ج ۲۴، ص ۵۱.

[۸] (۱). سوره یوسف، آیه ۷۲.

[۹] (۲). ر. ک: فضل بن الحسن الطبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۵، ص ۳۸۹؛ السیّد محمّدحسین الطباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۱، ص ۲۲۳؛ الفخر الرازی، التفسیر الکبیر، ج ۶، ص ۴۸۷؛ اسماعیل بن کثیر القرشی الدمشقی، تفسیر القرآن العظیم، ج ۲، ص ۴۸۵.

[۱۰] (۳). محمّد جمال الدین القاسمی، تفسیر القاسمی المسمّی بمحاسن التأویل، ج ۶، ص ۲۳۸۷.

[۱۱] (۱). صاحب جواهر رحمه الله در مورد این روایت بیان می‌دارد:« هو الحدیث المشتهر علی ألسنة الفقهاء إلّاأنّه لم نجد نصّ ذلک مع التتبع فی مظانّها، والظاهر أنّه مستفاد من عدّة روایات وردت فی أبواب مختلفة: منها ما رواه فی الوسائل فی الباب ۱۰ و ۱۱ و ۱۴ من کتاب الشهادات، والباب ۷ و ۵ من کتاب الرهن، الحدیث منهما، والباب ۲۹ من کتاب الاجارة والباب ۱۸ من کتاب العتق الحدیث ۱ و ۵ و ۹، والباب ۲۲ من أبواب حدّ الزنا الحدیث ۴ و ...»؛ ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۱، پاورقی ص ۹۱، و ج ۳۷، ص ۶۰ و ۱۴۵.

اگرچه از محقّق ثانی رحمه الله در حاشیه ارشاد نقل شده است که« أنّه نسب إلی النّبی صلی الله علیه و آله».

[۱۲] (۲).« ربّما نسب إلی النّبی صلی الله علیه و آله المغرور یرجع إلی من غرّه، کما حکی عن المحقّق الثانی فی حاشیة الارشاد»، حاشیه مکاسب سید یزدی، ج ۱، ص ۱۷۹ ط. ق.

[۱۳] (۱). محقّق حلّی، مختصر النافع، ص ۱۲۲، فی أحکام الخیار؛ وشرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۷۸؛ فاضل آبی، کشف الرموز، ج ۱، ص ۴۶۱، ستّة مسائل فی الأحکام؛ علّامه حلّی، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۶۹، فی اصلاح الخیار؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۳، صص ۲۱۶ و ۲۵۷؛ علّامه بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۱۹، صص ۷۵- ۱۹۰ و ج ۲۴، ص ۴۵۸؛ السیّدعلی الطباطبایی، ریاض المسائل، ج ۸، ص ۱۲؛ محمّدحسن النجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۶۱؛ مرتضی الانصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۴۹؛ المیرزا حسین النوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۳، ص ۳۰۳، باب ۹ از أبواب خیار، ح ۱؛ محمّد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۸، الباب ۱۰ من أبواب الخیار؛ محمّد بن محمّدتقی بحرالعلوم، بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۱۸۱ و ....

[۱۴] (۲). قبض بالسوم، یعنی برداشتن و در اختیار گرفتن مالی برای این که آن را بررسی نماید تا معامله‌ای بر روی آن انجام دهد.

[۱۵] (۱). این حدیث در برخی از متون به صورت فوق آمده است؛ و در بعضی دیگر از متون و نسخه‌ها به صورت« ... حتّی تؤدّی» و بدون ضمیر آخر ضبط شده است.

ر. ک: احمد بن محمّد بن حنبل الشیبانی، المسند، ج ۷، ص ۲۴۸، ح ۲۰۱۰۷؛ عبداللَّه بن عبدالرحمن بن الفضل الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۱۸۱، باب ۵۶، ح ۲۵۹۲؛ محمّد بن یزید بن ماجة الربعی القزوینی، سنن ابن ماجة، ج ۳، ص ۱۴۷، ح ۲۴۰۰؛ سلیمان بن الأشعث بن عمرو بن عامر السجستانی، سنن أبی داود، ص ۵۴۸، ح ۳۵۶۱؛ محمّد بن عیسی بن سورة الترمذی، سنن الترمذی، ج ۳، ص ۵۶۶، ح ۱۲۶۹؛ احمد بن الحسین بن علی البیهقی، السنن الکبری، ج ۸، ص ۴۹۵، ح ۱۱۷۱۳؛ الحسین بن مسعود الفرّاء البغوی، شرح السنّة، ج ۸، ص ۵۲۲۶، آخر باب ضمان العاریة.

[۱۶] (۲). محمّد بن علی بن ابراهیم الإحسائی المعروف بابن ابی جمهور، عوالی اللئالی، ج ۲، ص ۳۴۵، ح ۱۰.

[۱۷] (۱). ميرزا حسين النوری الطبرسی، مستدرك الوسائل، ج ۱۷، ص ۸۸، كتاب الغصب، باب اوّل، ح ۴.

[۱۸] (۲). محمّد بن حسن الطوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۴۰۹، مسألة ۲۲.

[۱۹] (۳). سوره بقره، آيه ۲۰۷.

[۲۰] (۴). همان، آيه ۲۰۴.

[۲۱] (۱). ابن ابی الحديد، شرح نهج البلاغة، ج ۴، ص ۷۳.

[۲۲] (۲). همان، صص ۷۸ و ۷۹.

[۲۳] (۳). محمّد بن جرير الطبری، تاريخ الامم والملوك، ج ۴، ص ۱۷۶.

[۲۴] (۴). ابن ابی الحديد، شرح نهج البلاغة، ج ۴، ص ۹۵.

[۲۵] (۵). علاءالدين علی بن عثمان الماردينی الشهير بابن التركمانی، الجوهر النقی، فی ذيل السنن الكبری للبيهقی، ج ۶، ص ۹۰.

[۲۶] (۶).« عدّه الذهبی من المدلّسين فی منظومته فيهم، وفی« التهذيب» عدد غير قليل ذكر الأئمّة أنّه لم يسمع منهم، وقال العلائی: أحد المشهورين بالتدليس»؛ ر. ك: بشّار عوّاد معروف وشعيب الأرنؤوط، تحرير تقريب التهذيب، ج ۳، ص ۱۷۸.

[۲۷] (۱). السيّد محمّدحسن البجنوردی، القواعد الفقهيّة، ج ۴، صص ۵۴ و ۵۵.

[۲۸] (۱). المولی احمد النراقی، عوائد الأيّام، ص ۳۱۵.

[۲۹] (۲). المولی محمّد النراقی، مشارق الأحكام، ص ۴۲۰.

[۳۰] (۱). السيّد مير عبدالفتّاح الحسينی المراغی، العناوين، ج ۲، ص ۴۱۶.

[۳۱] (۲). ر. ك: الإمام الخمينی، كتاب البيع، ج ۱، صص ۳۷۲- ۳۷۶.

[۳۲] (۱). همان، ج ۱، ص ۳۷۳.

[۳۳] (۲). اين روايت در چاپ جامعه مدرّسين حوزه علميه قم به صورت« علی اليد ما أخذت ...» آمده است. ر. ك: الإنتصار، ص ۴۶۸.

[۳۴] (۱). ر. ك: احمد بن ادريس الحلّی، السرائر، ج ۲، صص ۸۷ و ۴۲۵ و ۴۳۷ و ۴۶۳ و ۴۸۴.

[۳۵] (۲). همان، ص ۴۸۱.

[۳۶] (۳). الإمام الخمينی، كتاب البيع، صص ۳۷۵ و ۳۷۶.

[۳۷] (۱). محمّد الفاضل اللنكرانی، القواعد الفقهيّة، ج ۱، صص ۹۱ و ۹۲.

[۳۸] (۱). به عنوان مثال رجوع شود به: خلاف، ج ۳، ص ۲۲۸ و ۴۰۸- ۴۰۹.

[۳۹] (۲). محمّد بن الحسن الطوسی، المبسوط فی فقه الاماميّة، ج ۴، ص ۱۳۲؛ همانند اين مورد كه شيخ رحمه الله به روايت استناد و استدلال كرده، عبارت ايشان در صفحه ۵۹ از جلد سوم كتاب است.

[۴۰] (۳). الإمام الخمينی، كتاب البيع، ج ۱، ص ۳۷۶.

[۴۱] (۱). العلّامة الحلّی، مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة، ج ۵، ص ۳۲۱.

[۴۲] (۲). همان، ج ۵، ص ۴۱۷.

[۴۳] (۳). همان، ج ۶، ص ۶۳.

[۴۴] (۴). همان، ج ۶، ص ۸۷.

[۴۵] (۵). برای نمونه، ر. ك: فخر المحقّقين، إيضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۲، صص ۱۱۶ و ۱۲۵ و ۱۶۷ و ۳۰۸ و ۳۲۴ و ۳۲۷ و ۳۲۹.

[۴۶] (۱). المولى احمد النراقى، عوائد الايّام، ص ۳۱۸.

[۴۷] (۲). بـه عنـوان نمـونه، ر. ک: السّـيد مير عبـدالفتّاح الحسـينى المراغى، العنـاوين، ج ۲، صـص ۴۱۷ و ۴۱۸؛ محمّد الفاضـل اللنكرانى، القواعد الفقهيّة، ج ۱، ص ۹۴.

[۴۸] (۱). محقّق نراقى رحمه الله مى‌گويد:« فيكون معنى الحديث: يجب على ذى اليد حفظ ما أخذت إلى زمان أدائه». عوائد الأيّام، ص ۳۱۸.

[۴۹] (۲). محقّق ايروانى رحمـه الله مى‌گويـد:« فحاصـل الحـديث وجوب حفـظ أمـوال النـاس إذا وقعـت تحـت اليـد ...». حاشـية المكاسب، ص ۹۳.

[۵۰] (۱). موسى بن محمّد النجفى الخوانسارى، منية الطالب فى شرح المكاسب، تقريرات المحقّق الميرزا النائينى، ج ۱، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.

[۵۱] (۱). سوره آل عمران، آيه ۹۷.

[۵۲] (۲). مرتضى الأنصارى، كتاب المكاسب، ج ۳، ص ۱۸۱.

[۵۳] (۱). موسى بن محمّد النجفى الخوانسارى، منية الطالب، ج ۱، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.

[۵۴] (۱). على الإيروانى الغروى، حاشية المكاسب، ج ۲، ص ۱۱۱.

[۵۵] (۲). سوره اسراء، آيه ۳۶.

[۵۶] (۳). على الإيروانى الغروى، حاشية كتاب المكاسب، ج ۲، ص ۱۱۱.
عبارت محقّق ايروانى رحمه الله چنين است:« يمكن أن يقال: إنّه إذا قال: علىّ مال أو علىّ أو فى رقبتى مقـدار كذا من المال، يسـتفاد منه الضـمان واشـتغال الذّمـة، أمّا إذا قال: على يـد زيد أو رجله أو نحو ذلك كذا، لم يسـتفد منه الضـمان، بل كان ظاهر تكليف اليد والرجل بما هو مناسب لهما من الفعل؛ وعلى ذلك، فمعنى« على اليـد ما أخذت[حتّى تؤدّى]» أنّ اليد مكلّفة بدفع ما أخذت أو حفظ ما أخـذت حتّى تؤدّيه، لكن تقـدير الـدفع باطل لايلائم الغايـة، فيتعيّن تقـدير الحفظ. فحاصل الحـديث وجوب حفظ أموال الناس إذا وقعت تحت اليـد، ونسبة التكليف إلى اليـد باعتبار أنّ اليد هى الّتى أوجبت التكليف كنسبة الجزاء والعقاب إلى الجوارح باعتبار أنّها السبب فى العصيان، قال اللّه تعالى:« إِنَّ السَّمْعَ وَ الْبَصَرَ وَ الْفُؤَادَ كُلُّ أُوْلل- كَ كَانَ عَنْهُ مَسُولًا».

[۵۷] (۱). سوره آل عمران، آيه ۹۷.

[۵۸] (۱) الامام الخمينى كتاب البيع ج ۱ ص ۳۷۷.

[۵۹] (۱) الامام الخمينى كتاب البيع ج ۱ ص ۳۷۷.

[۶۰] (۱). افعال و اسماء عموم مثل« ثابت»،« مستقرّ»،« استقرّ»،« كان» و ...، الفاظى هستند كه دلالت بر اصلِ بودن و ثبوت مى‌كنند.

[۶۱] (۱). ر. ک: السّيد محمّد آل بحر العلوم، بلغة الفقيه، ج ۳، ص ۳۴۶.

[۶۲] (۲). ر. ک: المولى احمد النراقى، عوائد الايّام، ص ۳۱۶.

[۶۳] (۱). ر. ک: محمّد بن الحسن الطوسى، الخلاف، كتاب الغصب، مسأله ۲۲.

[۶۴] (۱). محمّدحسين الاصفهانى، حاشية كتاب المكاسب، ج ۱، ص ۳۰۱.

[۶۵] (۱). المولى احمد النراقى، عوائد الأيّام، صص ۳۱۷ و ۳۱۸.

[۶۶] (۱). السّيد ميرعبدالفتاح الحسينى المراغى، العناوين، ج ۲، ص ۴۱۸.

[۶۷] (۲). همان.

[۶۸] (۱). السّيّد مير عبدالفتاح الحسينى المراغى، العناوين، ج ۲، ص ۴۱۷.

[۶۹] (۲). ایشان می‌گوید:« ... دون المعنی الثانی الّذی حاصله: واجب أو لازم علی الید حفظ المأخوذ أو ردّه أو تأدیته إلی أن تودّیه، فإنّ ذلک بین ما هو إظهار لحکم بدیهی کتقدیر الحفظ.»؛ ر. ک: السیّد محمّد آل بحر العلوم، بلغهٔ الفقیه، ج ۳، ص ۳۴۷.

[۷۰] (۱). محمّدحسین الإصفهانی، حاشیهٔ المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۱.

[۷۱] (۲). السیّد محمّدحسن البجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، صص ۵۶ و ۵۷.

[۷۲] (۱). ایشان می‌فرماید:« لا یخفی علیک أنّ ما قبل الغایهٔ حیث أنّه مغیّ بالأداء، فلابدّ من أن یکون أمراً ثابتاً فعلیّاً مستمرّاً إلی أن یتحقّق الأداء ...»؛ ر. ک: حاشیهٔ کتاب المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۱.

[۷۳] (۲). ایشان می‌فرماید:« أنّ إرادهٔ ضمان ما أخذت أظهر من الروایهٔ سواء جعلته بطریق الإضمار فیکون المعنی:« علی الید ضمان ما أخذته»، أو بطریق المجاز بمعنی کون المراد من الموصولهٔ« ما یضمن» لکمال المناسبهٔ بینه و بین الأصل المأخوذ، لأنّه إمّا عینه أو مثله أو قیمته- کما سنذکر ذلک مفصّلًا- وکلّ ذلک قائم مقام« ما أخذت»؛ مع أنّ هذا المعنی هو المتبادر عند إطلاق هذه اللفظهٔ بحیث لا یخطر غیره بالبال حتّی یحتاج فی ترجیح المقام إلی ملاحظهٔ باب تعارض الأحوال.

مضافاً إلی فهم الأصحاب- قدیماً وحدیثاً- ذلک واستدلالهم به علی الضمان، وهو إمّا کاشف عن کون المعنی العرفی ذلک- کما أوضحناه- أو کاشف عن وجود قرینهٔ لم تصل إلینا کانت موجودهٔ عندهم، وعلی التقدیرین فهو-[أی فهم الأصحاب]- معیّن للمراد من الخبر رافع للإجمال». ر. ک: العناوین، ج ۲، ص ۴۱۸.

[۷۴] (۱). ر. ک: عوائد الأیّام، ص ۳۱۷.

[۷۵] (۲). عوائد الأیّام، ص ۳۱۷.

[۷۶] (۱). فقیه بزرگوار شیخ محمّدحسن مامقانی رحمه الله در حاشیه مکاسب نظیر این مطلب را بیان داشته که قلّت التقدیر نمی‌تواند مرجّح باشد و بلکه فهم عرف مرجّح است. ایشان می‌فرماید:« لکن الإنصاف تحقّق المرجّح، لأنّا إذا عرضنا مثل هذا الخطاب علی العرف لم یسبق إلی أذهانهم سوی کون عهدهٔ المأخوذ بالید وضمانه علیها، ومن المقرّر فی محلّه، أنّه إن تیسّر تحصیل مراد المتکلّم بما یفهمه أهل العرف من خصوص کلامه، کان هو المقصد الأصلی، ولهذا یقدّم ما یفهمونه من خصوص الخطاب الشخصی علی ما تقتضیه القواعد العامّهٔ المقرّرهٔ فی مباحث الألفاظ، وهذا واضح ...».

غایهٔ الآمال فی حاشیهٔ المکاسب، ج ۵، ص ۵۵.

[۷۷] (۱). محمّدحسین الإصفهانی، حاشیهٔ کتاب المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۲.

[۷۸] (۱). محمّدحسین الإصفهانی، حاشیهٔ المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۲.

[۷۹] (۱). مرتضی الأنصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۳.

[۸۰] (۲). العلّامهٔ الحلّی، تحریر الأحکام الشرعیّهٔ علی مذهب الإمامیّهٔ، ج ۴، صص ۵۳۰ و ۵۳۱، مسألهٔ الأوانی المکسورهٔ.

[۸۱] (۱). ر. ک: مرتضی الأنصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۳. عبارت مرحوم شیخ چنین است:« وأمّا مجرّد کون تلفه فی ملکه بحیث یتلف مملوکاً له- کما یتوهّم- فلیس هذا معنی للضمان أصلًا، فلا یقال: إنّ الإنسان ضامن لأمواله».

[۸۲] (۲). ر. ک: محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّهٔ، ج ۱، ص ۱۰۱.

[۸۳] (۳). موسی النجفی الخوانساری، منیهٔ الطالب فی شرح المکاسب، تقریراً لأبحاث المیرزا النائینی، ج ۱، ص ۱۴۳.

[۸۴] (۱). همان، ص ۱۴۲.

[۸۵] (۲). همان، ص ۲۶۵.

[۸۶] (۱). محمّدکاظم الخراسانی، حاشیهٔ المکاسب، ص ۳۰.

[۸۷] (۱). محمّدحسین الاصفهانی، حاشیهٔ المکاسب، ج ۱، صص ۳۰۷ و ۳۰۸.

[۸۸] (۱). بيان مرحوم آقاى بروجردى بر اساس آن‌چه كه در كتاب« القواعد الفقهيّة» آمده، چنين است:

« أنّ بحث الضمان يغاير بحث اشتغال الذمّة، فالضمان أمر والاشتغال أمر آخر؛ والدليل عليه: أنّ المديون ذمّته مشغولة للدائن، مع أنّه لا يقال: إنّه ضامن له، فالمقترض مع اشتغال ذمّته للمقرض لا يكون ضامناً له والسرّ فيه: أنّ اشتغال الذّمّة لابدّ وأن يكون بأمر كلّى وهو المثل أو القيمة، فالذمّة تكون بمنزلة الذهن الّذى توجد فيها الماهية، فالماهية الكلّية تشخّص بوجودها فى الذهن، فالموجود فيه أمر كلّى، وهكذا الذمّة، فإنّ اشتغالها إنّما هو بأمر كلّى.

وأمّا العهدة فهى متعلّقة بالموجود فى الخارج مع وصف وجوده فى الخارج، فالعين المأخوذة فى الحديث قد تعلّقت بنفسها العهدة، ويعبّرون عن العهدة والضمان فى الفارسية ب« عهده‌دارى»، كما فى الكفالة الّتى هى التعهّد بالإضافة إلى إنسان خاصّ وشخص معيّن، ويترتّب على هذا الضمان الّذى هو حكم وضعى اعتبارى حكمان تكليفيان: أحدهما: وجوب ردّ العين مادامت باقية؛ ثانيهما: وجوب ردّ بدلها- مثلًا أو قيمة- بعد تلفها وانعدامها، ومجموع هذين الحكمين لا يكون فى غير مورد الضمان.

وعليه: فلا مجال للتفكيك بينهما وجعل وجوب ردّ العين مع بقائها فى مورد غير الضمان أيضاً كالأمانة- حيث يجب على الأمين ردّها إلى صاحبها- دليلًا على عدم ثبوت الضمان مع بقاء العين، فإنّ اللازم- كما عرفت- ملاحظة مجموع الحكمين، ألا ترى أنّ جواز التصرّف فى مورد الإباحة لا يكون دليلًا على عدم ثبوت الملكيّة الّتى يترتّب عليها جواز التصرّف أيضاً؛ فإنّ امتياز الملكيّة إنّما هو بمجموع الآثار الّتى لا يوجد فى غيرها، فإنّ منها الانتقال إلى الوارث بعد الموت، وتعلّق مثل الخمس ببعض مواردها، وشبههما ممّا لايوجد فى غيرها حتّى الاباحة المطلقة الّتى يجوز معها التصرّف مطلقاً حتّى التصرّفات الناقلة. وبالجملة: فما يترتّب على الضمان مجموع الحكمين الّذى لا يكون فى غير مورد الضمان أصلًا.

وعليه: فالاتّحاد و الهوهوية المعتبرة فى القضيّة الحمليّة فى قوله:« ما أخذت اليد عليها» إنّما هو باعتبار كون الموجود الخارجى نفس ما تعلّق به هذا الأمر الاعتبارى الّذى هو الضمان، فلم يتحقّق إتّحاد الأمر الخارجى مع الأمر الاعتبارى، بل الاتّحاد بين الأمر الخارجى وبين كونه متعلّقاً للأمر الاعتبارى ....

ثمّ إنّه قد يتعلّق الضمان بالكلّى الّذى له موطن آخر غير ذمّة الضامن، وأثره حينئذٍ جواز مطالبة المضمون له من الضامن بذلك الكلّى إن لم يقدر على استيفائه وأخذه من المضمون عنه« المديون» وليس أثره عند العقلاء والعرف مجرّد اشتغال ذمّة الضامن للمضمون، ولكن استقرّ مذهب الإماميّة فى كتاب« الضمان» على أنّ المراد به هناك هو انتقال الذمّة وتحقّق الاشتغال للضامن فى ظرف خاصّ، ومنشؤه دلالة الأدلّة الخاصّة والروايات المعتبرة عليه، وعليه: فما هو مذهبنا فى باب الضمان مخالف لما هو مقتضاه بنظر العقلاء.

أمّا فقهاء العامّة، فحيث لا يرون اعتباراً للروايات الّتى اشير إليها، فلا محالة ذهبوا إلى أنّ المراد بالضمان فى كتاب الضمان هو ما عليه العقلاء، فقالوا: إنّه عبارة عن ضمّ ذمّة إلى ذمّة اخرى ....

ثمّ إنّ الظاهر عدم تحقّق الضمان بمعنى الّذى ذكرناه فى العقد الصحيح، خلافاً للشيخ الأعظم قدس سره ... وخلافاً للمحقّق الإصفهانى قدس سره». ر. ك: محمّد الفاضل اللنكرانى، القواعد الفقهية، ج ۱، صص ۱۰۱- ۱۰۴.

[۸۹] (۱). به نقل از: محمّد الفاضل اللنكرانى، القواعد الفقهيّة، ج ۱، صص ۱۰۴ و ۱۰۵.

[۹۰] (۱). در اين كه آيا بين حكم تكليفى و حكم وضعى قدر جامع وجود دارد يا خير؟ بين علما اختلاف است؛ برخى مانند مرحوم سيّد يزدى قدس سره در حاشيه مكاسب در رابطه با مراد از آيه شريفه« وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» فرموده‌اند: حليّت در اين آيه شريفه براى قدر جامع بين دو حكم است؛ در حالى كه جمع ديگرى از علما، از جمله مرحوم محقّق نائينى معتقدند كه بين اين دو حكم قدر جامعى تصوّر نمى‌شود.

[۹۱] سيدجواد حسينى خواه، قاعده ضمان يد، ۱جلد، مركزفقهى ائمه اطهار - قم، چاپ: دوم، ۱۳۹۰ه.ش.

[۹۲] (۱). الإمام الخمينى، كتاب البيع، ج ۱، ص ۳۸۰.

[۹۳] (۲). همان، صص ۳۷۹ و ۳۸۰.

[۹۴] (۱). سوره رعد، آیه ۳۹.

[۹۵] (۲). الإمام الخمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۵۰۶.

[۹۶] (۳). استاد محترم در بحث‌های علم اصول فقه بیان نموده‌اند که در مواردی که شارع مقدّس بخواهد با یک سیره رایج عقلایی مخالفت نماید، نمی‌تواند به یک اطلاق، یا عموم و یا دلیلی که دلالت صریحی ندارد، اکتفا کند؛ بلکه باید با بیان صریح و واضح و یا حتی به صورت مکرّر، مخالفت خود را ابراز نماید؛ نظیر آن چه که در مخالفت با« ربا» صادر شده است.

[۹۷] (۱). الإمام الخمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۵۰۷.

[۹۸] (۱). السیّد محمّدحسن البجنوردی، القواعد الفقهیّة، ج ۴، ص ۵۹.

[۹۹] (۱). احمد بن محمّد الحنفی الحموی، غمز عیون البصائر شرح کتاب الأشباه والنظائر، ج ۲، ص ۱۵۲.

[۱۰۰] (۲). محمّد بن علی بن محمّد الشوکانی، نیل الاوطار من احادیث سیّد الأخیار(شرح منتقی الاخبار)، ج ۵، ص ۲۹۹.

[۱۰۱] (۳). محمّد بن محمّد بن محمّد الغزالی، الوجیز فی فقه الامام الشافعی، ج ۱، ص ۲۰۸.

[۱۰۲] (۱). علی الخفیف، الضمان فی الفقه الإسلامی، ج ۴، ص ۵.

[۱۰۳] (۱). السیّد میرعبدالفتّاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۱۸.

[۱۰۴] (۲). علی‌پناه الإشتهاردی، تقریرات ثلاثة، تقریراً للأبحاث السیّد حسین البروجردی، ص ۱۲۷.

[۱۰۵] (۳). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّة، ج ۱، ص ۱۱۱.

[۱۰۶] (۴). سوره مائده، آیه ۶۴.

[۱۰۷] (۱). ر. ک: السیّد میرعبدالفتّاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۱۹؛ عبارت محقّق مراغی رحمه الله چنین است:« أمّا صورة کون القابض غیر مسلّط، فلا بحث فی خروجه عن الید، لأنّ المتبادر منه أنّه کنایة عن التسلّط، ولو کان علی معناه الأصلی أیضاً لکان المتبادر منه القبض بالید علی نحو له اقتدار علیه، سیّما بعد ملاحظة قوله:« ما أخذت» فإنّ له ظهوراً فی الاستیلاء، حتّی أنّ جماعةً ادّعوا ظهوره فی الغصب والعدوان- کما سیأتی- مضافاً إلی ضمّ قوله:« حتّی تؤدی» فإنّ الظاهر منه کون الید قادرة علی المنع والدفع، ولا یکون ذلک إلّابالاستیلاء، ومن هنا ذکروا عدم الضمان فیما لو قبض بیده ثوباً لبسه صاحبه- ونظائر ذلک- فإنّه لیس داخلًا تحت دلیل الید».

[۱۰۸] (۱). عبارت است از این که فردی جهت خریدن شیئی به مغازه رود و در موقعی که آن را بر می‌دارد و نگاه می کند، از دستش بیفتد و تلف شود.

[۱۰۹] (۲). العلّامة الحلّی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۳۷۷،(چاپ حجری).

[۱۱۰] (۱). السیّد محمّدحسن البجنوردی، القواعد الفقهیّة، ج ۴، ص ۵۸.

[۱۱۱] (۲). ر. ک: السیّد میرعبدالفتّاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۲۰؛ ایشان می گوید:« ... إنّ المراد بالید حصول الاستیلاء عرفاً».

[۱۱۲] (۱). کسی که دارای ید عدوانی است با کسی که ید غیرعدوانی دارد، در وجود مسؤولیت مدنی مشترک است؛ لیکن در فرض وجود عنصر عدوان، شخص علاوه بر مسؤولیت مدنی، مسؤولیت کیفری نیز دارد.

[۱۱۳] (۱). محمّدحسن مامقانی، غایة الآمال فی حاشیة المکاسب، ج ۵، ص ۶۳.

[۱۱۴] (۲). ر. ک: محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّة، ج ۱، ص ۱۰۹.

[۱۱۵] (۱). سوره اعراف، آیه ۱۷۲.

[۱۱۶] (۱). شیخ اعظم انصاری رحمه الله؛ ر. ک: کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۲.

[۱۱۷] (۱). جعفر بن الحسن الحلّی(المحقّق الحلّی)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، کتاب الغصب، ج ۳، ص ۲۳۵.

[۱۱۸] (۲). محمّدحسن النجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۷، ص ۲۳.

[۱۱۹] (۱). همان، ج ۳۷، صص ۲۳ و ۲۴؛ ایشان می‌گوید:« ... ولم نجده لأحد ممّن تقدّمه، فضلًا عن الجزم بعدمه، وإن حکاه المصنّف فی النافع قولًا، بل عن التنقیح نسبته إلی المبسوط إلّاأنّا لم نتحقّقه، وعلی تقدیره فهو واضح الفساد، ضرورة صدق الغصب بذلک عرفاً المتقضی لاعتبار الاستیلاء فیه دون الاستقلال أو للقول بتحقّقه هنا ولو بالنسبة إلی النصف.

ودعوی اعتباره فیه علی معنی رفع ید المالک ولو علی جهة المشارکة واضحة الفساد، لأنّ العرف أعدل شاهد بخلافها، بل مقتضی ذلک عدم الضمان علی الشخصین المشترکین فی غصب شیء واحد علی وجه الاستقلال لکلّ منهما، وهو معلوم الفساد. اللّهم إلّاأن یفرّق بین شرکة المالک وغیره، ولکن العرف علی خلافه قطعاً.

ودعوی کون الغاصب حینئذٍ مجموعهما الّذی حصل له وصف الاستقلال وتضمینه یقتضی التوزیع بینهما یدفعها إمکان القول بمثله فی الفرض وإن سقط الضمان بالنسبة إلی المالک، باعتبار عدم تصوّر ضمان ماله لنفسه، بل إن لم یکن إجماعاً أمکن القول بضمان الغاصب لجمیع عین الدار مع فرض إثبات یده علیها جمیعها بالتصرف والانتفاع ونحوهما ...».

[۱۲۰] (۱). مقداد بن عبداللّه السیوری الحلّی، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۴، ص ۶۷.

[۱۲۱] (۱). السیّد میر عبدالفتّاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۲۲.

[۱۲۲] (۱). همان، صص ۴۲۳ و ۴۲۴؛ عبارت مرحوم مراغی چنین است:« نعم، یبقی الإشکال فی شموله للید المنضمّة. والمراد بالید المنضمّة: هی الید المجتمعة مع ید المالک، لا- بمعنی استیلائه علی النصف حتّی یکون ضامناً له، بل بمعنی ترکّبه مع ید المالک کصورة ما ذکرناه سابقاً، بحیث یکون المجموع المرکّب مسلّطاً علی المال، بمعنی: أنّ المالک لو ارتفع لم یکن للغاصب التسلّط ولو ارتفع الغاصب لم یکن للمالک تسلّط، فیکون المرکّب منها مسلّطاً علی المجموع. فهل تکون ید الخارج هنا داخلةً فی دلیل الید حتّی یحکم له بضمان النصف أو لا تکون داخلة فلا ضمان؟ وهذا من أشکل مسائل صور الید ... إذ یمکن أن یقال: إنّ الید المرکّبة لیس کلّ واحد منهما داخلًا تحت دلیل الید، وإنّما الداخل هو المجموع المرکّب، فإذا کان المرکّب کلّه ید ضمان فیثبت الحکم علی الأبعاض بالتبع کما أوضحناه. وإذا کان بعضه ید ضمان وبعضه لیس کذلک کالمثال المفروض فیجیء فیه الإشکال فی الحکم بضمان ید الخارج الأجنبی، وبعبارة أخری: الید الّتی شأنها الضمان لو استقلّت، نظراً إلی أنّ الید الأجنبیّة لیست مسلّطة علی المال کلّاً ولا بعضاً حتّی نحکم علیه بالضمان وندخلها تحت الدلیل، والمجموع المرکّب أیضاً لیس ید ضمان حتّی یبعّض علی أجزائه بالتبع، لأنّا نبیّن بعد ذلک أنّ المراد فی الخبر من« الید» غیر ید المالک، فمقتضی الأصل هنا عدم الضمان بعد عدم شمول الدلیل ....

ویمکن أن یقال: لا ریب فی صدق الید علی المرکّبة، وهذا من جملة أفرادها، فیکون هذا المجموع المرکّب ضامناً، ولازمه التبعیض علی أجزائه؛ غایة ما فی الباب: عدم الضمان علی المالک أو الأمین أو نحو ذلک، وارتفاع الضمان عن الجزء بدلیل لا یوجب ارتفاع الضمان عن المرکّب، ولیس المانع ابتداءاً إلّاکالمسقط استدامةً، کما لو أبرأ المالک أحد المرکّبین فی الفرض السابق.

ولا- یتوهّم أنّ الثبوت علی الجزء بتبعیّة الثبوت علی الکلّ، فإذا لم یکن الکلّ ضامناً فلا وجه لضمان الجزء. لأنّا نقول: المرکّب فی المقام وإن کان من باب الکلّ المجموعی بالنسبة إلی المال المضمون، بمعنی: أنّ المجموع ضامن للمجموع، لا أنّ کلّ واحد ضامن للمجموع، لعدم شمول الدلیل لکلّ واحد منهما، لکنّه بالنسبة إلی الضامن من باب الکلّی الأفرادی والعامّ الاصولی، بمعنی کون کلّ منهما ضامناً لما وقع علیه بعد التوزیع، ولیس کأجزاء المکلّف الواحد، فإذا کان کذلک، فلابدّ من ملاحظة المخصّص هل أخرج هذا القسم من الید من عموم الدلیل أو أخرج أحد جزءیه من الضمان؟ فنقول: لا ریب أنّه من قبیل القسم الثانی، فإنّ الفرض داخل بظاهره فی عموم دلیل الید، ومتی دخل توجّه الضمان علی المجموع المرکّب، وهذا لا مانع منه من هذه الجهة، وبعد التوزیع وانتهاء الفرض

إلى العامّ الاصولى فهو قابل للتخصيص لا ارتباط بينهما، فإخراج أحد الجزءين بعد ملاحظة كونه فرداً بعد التوزيع لايضرّ ببقاء الضمان على الآخر.

هذا، ولكنّ المسألة فى غاية الإشكال ونهاية الإعضال، فليتأمّل فيها حتّى يتّضح الأمر. فلا فرق حينئذٍ بالنظر إلى الدليل بين اليد الابتدائية واليد المترتّبة واليد المستقلّة واليد المركّبة واليد المنضمّة ...».

[۱۲۳] (۱). به عنوان نمونه، ر. ك: المحقّق الحلّى، شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۲۳۵؛ العلّامة الحلّى، مختصر النافع، ص ۲۴۷، كتاب الغصب؛ الفاضل الآبى، كشف الرموز، ج ۲، ص ۳۸۰؛ ابن فهد الحلّى، المهذّب البارع، ج ۴، ص ۲۴۵؛ الشهيد الأوّل، الدروس الشرعيّة، ج ۳، ص ۱۰۵.

[۱۲۴] (۲). على‌پناه الإشتهاردى، تقريرات ثلاثة، ص ۱۲۶.

[۱۲۵] (۱). منظور شيخ اعظم انصارى رحمه الله است؛ ر. ك: كتاب المكاسب، ج ۳، ص ۱۸۱.

[۱۲۶] (۱). محمّد بن الحسن الحرّ العاملى، وسائل الشيعة، ج ۲۹، ص ۹۰، باب ۳۶ من أبواب القصاص فى النفس، باب حكم غيرالبالغ وغيرالعاقل فى القصاص وحكم القاتل بالسحر، ح ۲.

[۱۲۷] (۲). همان، ج ۱، ص ۴۵، باب ۴ من أبواب مقدّمة العبادات، باب اشتراط التكليف بالوجوب والتحريم بالاحتلام أو ...، ح ۱۱.

[۱۲۸] (۱). مرتضى الانصارى، كتاب المكاسب، ج ۳، ص ۱۸۱؛ مى‌فرمايد:« ومن هنا كان المتّجه صحّة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز والشعور».

[۱۲۹] (۲). محمّدحسين الاصفهانى، حاشية المكاسب، ج ۱، ص ۳۰۲.

[۱۳۰] (۱). محمّدحسين الاصفهانى، حاشية المكاسب، ج ۱، صص ۳۰۲ و ۳۰۳.

[۱۳۱] (۱). جهت اطّلاع از بحث خطابات قانونيه و نظر استاد محترم، رجوع كند به مباحث خارج اصول حضرت استاد، مبحث ثمره‌ى بحث ضدّ، جلسه‌ى شماره ۶۶ به بعد كه در پايگاه اطلاع رسانى ايشان به آدرس.-/. وجود دارد.

[۱۳۲] (۱). سوره آل عمران، آيه ۹۷.

[۱۳۳] (۱). الامام الخمينى، كتاب البيع، ج ۱، صص ۳۸۲- ۳۸۴.

[۱۳۴] (۱). محمّدعلى التوحيدى، مصباح الفقاهة، تقريراً لأبحاث السيّد الخوئى، ج ۲، صص ۵۳۶- ۵۳۸.

[۱۳۵] (۱). محمّدكاظم الخراسانى، حاشية المكاسب، ص ۸۳، عبارت كتاب چنين است:« ... وأمّا كون الواحد فى عهدة المتعدّد، بحيث يجب على كلّ واحد كفائياً، ردّه إلى مالكه ...».

[۱۳۶] (۱). موسى بن محمّد النجفى الخوانسارى، منية الطالب، ج ۲، صص ۱۸۰ و ۱۸۱.

[۱۳۷] (۱). موسى بن محمّد النجفى الخوانسارى، منية الطالب، ج ۲، صص ۱۸۱ و ۱۸۲.

[۱۳۸] (۱). همان، ص ۱۸۱؛« نعم، لو قيل بأنّ كلّاً منهما فى مورد البقاء ضامنان فيصير من قبيل اشتغال ذمّتين عرضاً لمالٍ واحد؛ وهذا ممنوع جدّاً، بل غاية ما يمكن أن يقال: إنّه يجب على الضامن إلزام المضمون عنه بالرّد إلى المالك، لا الضمان الفعلى».

[۱۳۹] (۱). همان، ص ۱۸۲.

[۱۴۰] (۱). همان، ص ۱۸۳.

[۱۴۱] (۲). همان.

[۱۴۲] (۱). ر. ك: الدروس الشرعية، ج ۳، ص ۱۰۸.

[۱۴۳] (۲). منية الطالب، ج ۲، ص ۱۸۴؛« ولكنّ الحقّ: عدم الفرق بينهما من هذه الجهة؛ لأنّ الثانى أيضاً بالنسبة إلى الأوّل كالغارّ بالنسبة إلى المغرور، فإنّ الثانى يضمن ما ضمنه الأوّل، والأوّل حيث إنّه ضامن للمالك فعلًا والمفروض أنّ يد الثانى نشأت من يد

الأوّل فسبب ضمان الثانی للأوّل موجود وإن کان ضمانه الفعلی له يتوقّف علی أداء الأوّل بدل مال المالک».

[۱۴۴] (۱). منيهٔ الطالب، ج ۲، صص ۱۸۵ و ۱۸۶.

[۱۴۵] (۱). همان، ص ۱۸۶.

[۱۴۶] (۱). همان.

[۱۴۷] (۲). همان.

[۱۴۸] (۱). السيّد محمّدحسن البجنوردی، القواعد الفقهيّهٔ، ج ۴، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

[۱۴۹] (۱). الإمام الخمينی، کتاب البيع، ج ۲، ص ۵۰۲.

[۱۵۰] (۱). همان.

[۱۵۱] (۲). ر. ک: القواعد الفقهيّهٔ، ج ۱، صص ۱۵۲ و ۱۵۳.

[۱۵۲] (۱).« لو تعاقبت الأيدی الغاصبهٔ علی المغصوب تخيّر المالک فی إلزام أيّهم شاء أو إلزام الجميع بدلًا واحداً».

[۱۵۳] سيدجواد حسينی خواه، قاعده ضمان يد، ۱جلد، مرکزفقهی ائمه اطهار - قم، چاپ: دوم، ۱۳۹۰ه.ش.

[۱۵۴] (۱). محمّدحسن النجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۴.

[۱۵۵] (۱). الشهيد الأوّل، الدروس الشرعيهٔ، ج ۳، ص ۱۰۸.

[۱۵۶] (۲). مرتضی الأنصاری، المکاسب، ج ۳، صص ۵۰۹ و ۵۱۰.

[۱۵۷] (۱). همان، ص ۵۱۰.

[۱۵۸] (۱). همان.

[۱۵۹] (۱). همان.

[۱۶۰] (۲). همان.

[۱۶۱] (۱). همان، صص ۵۰۸ و ۵۰۹.

[۱۶۲] (۱). السيّد محمّدکاظم الطباطبائی اليزدی، حاشيهٔ المکاسب، ج ۲، ص ۳۱۱.

[۱۶۳] (۲). همان.

[۱۶۴] (۱). همان، صص ۳۱۱ و ۳۱۲.

[۱۶۵] (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهيّهٔ، ج ۱، ص ۱۵۰؛ ايشان می‌فرمايد:« والتحقيق أن يقال: إنّ مسألهٔ تعدّد الضمان بالإضافهٔ إلی مال واحد بنحو الاستقلال ... فتصويرها بمکان من الإمکان؛ لأنّه لا مانع فی عالم الاعتبار من اعتبار ثبوت المال علی عهدهٔ شخصين، والحکم بضمان اليدين، وقياسه بالوجود الخارجی الّذی لا يعقل فيه التّعدّد مع فرض الوحدهٔ ممنوع، بل هو أشبه بالوجود الذهنی، من جههٔ أنّ زيداً الموجود فی الخارج الّذی يستحيل عروض التعدّد له بلحاظ هذا الوجود يمکن إيجاده فی الذهن مرّهٔ بعد اخری، وکذلک لا مانع من اعتبار العين الشخصيّهٔ الخارجيّهٔ المتّصفهٔ بالوحدهٔ لا محالهٔ فی ذمّهٔ شخصين وعلی عهدهٔ يدين، ونحن لا نری وجهاً للاستحالهٔ فی عالم الاعتبار بوجه.».

[۱۶۶] (۱). الشهيد الأوّل، الدروس الشرعيّهٔ، ج ۱، ص ۲۷۴.

[۱۶۷] (۲). السيّد ابوالقاسم الخوئی، مستمسک العروهٔ الوثقی، ج ۴، ص ۵۵۷؛ و المستند فی شرح العروهٔ، ج ۲۵ از موسوعهٔ الامام الخوئی، ص ۲۸۷.

[۱۶۸] (۱). منتهی المطلب، ج ۱۲، ص ۳۶۱.

[۱۶۹] (۲). محمّد بن حسن الحر العاملی، وسائل الشيعه، ج ۱۳، صص ۷۵ و ۷۶، باب ۳۶ از ابواب کفّارات الصيد، ح ۳ و ۴.

[۱۷۰] (۳). همان، ص ۳۶۲.(مرحوم علّامه در منتهی، ج ۲، ص ۸۳۰، از طبع قدیم می گوید: لأنّه تحت ید العاریة فیلزمه الضمان کمال الآدمی.)

[۱۷۱] (۴). جواهر الکلام، ج ۲۰، ص ۲۷۶.

[۱۷۲] (۱). محمّد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۲، باب ۱۲ از ابواب کفارات الصید، ح ۸.

[۱۷۳] (۲). جامع المقاصد، ج ۴، ص ۹۰.

[۱۷۴] (۱). الساجة: واحدة الساج وهو ضرب عظیم من الشجر.

[۱۷۵] (۲). شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۴۰۹؛ والمبسوط، ج ۳، ص ۸۶؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۴۸۴؛ علّامه حلّی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۳۹۶.

[۱۷۶] (۳). ر. ک: مختصر المزنی، ص ۱۱۸؛ الوجیز فی فقه الإمام الشافعی، ج ۱، ص ۳۸۴؛ و مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۲۹۲.

[۱۷۷] (۴). ر. ک: المجموع، شرح المهذب، ج ۱۵، ص ۱۱۷.

[۱۷۸] (۵). ر. ک: المغنی لابن قدامة، ج ۵، ص ۴۲۹.

[۱۷۹] (۶). الخلاف، ج ۳، ص ۴۰۹.

[۱۸۰] (۷). السرائر، ج ۲، ص ۴۸۴.

[۱۸۱] (۸). القواعد الفقهیّة، ج ۴، ص ۹۵.

[۱۸۲] (۱). ر. ک: شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۴۰۷؛ غنیة النزوع، ص ۲۷۹؛ تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۳۹۲؛ جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۵۰.

[۱۸۳] (۲). ر. ک: الام، ج ۳، ص ۲۵۷؛ المغنی لابن قدامة، ج ۵، ص ۴۰۳؛ المجموع شرح المهذّب، ج ۱۵، ص ۹۳.

[۱۸۴] (۳). مرحوم محقّق بجنوردی در تعریف استهلاک آورده‌اند:« الإستهلاک عبارة عن صیرورة المستهلک من جنس المستهلک فیه بواسطة المزج معه بعد ما لم یکن کذلک ...» و قبل از آن فرموده‌اند:« الإستهلاک لا یمکن إلّافی الجنسین المختلفین ... وأمّا لو کان الممزوجتان من جنس واحد، فلا یمکن هذا المعنی، فلو وقعت قطرة ماء فی البحر لا تصیر مستهلکاً فیه، لأنّها بصورتها النوعیّة موجودة فیه، والإستهلاک لا یمکن إلّابتبدّل صورته النوعیّة حقیقة أو عرفاً إلی صورة المستهلک فیه».-(القواعد الفقهیّة، ج ۴، ص ۹۶)-.

به نظر می‌رسد که این ضابطه، مورد مناقشه است؛ و استهلاک، فقط یک امر عرفی است؛ ملاک آن نیز در نزد عرف آن است که از شیء مستهلک دیگر عین مستقلّی که قابلیّت انفکاک را داشته باشد، موجود نباشد. عرف در همین مثالی که ایشان در مورد افتادن قطره آب در دریا ذکر نمود، حکم به استهلاک می کند.

[۱۸۵] (۱). القواعد الفقهیّة، ج ۴، صص ۹۶ و ۹۷.

[۱۸۶] (۱). همان، ص ۹۷.

[۱۸۷] (۱). کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۰۴.

[۱۸۸] (۱). السیّد محمّد کاظم الطباطبایی الیزدی، حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۴۶۷.

[۱۸۹] (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّة، ج ۱، ص ۱۱۴.

[۱۹۰] (۱). ج ۱، صص ۳۱۷ و ۳۱۸.

[۱۹۱] (۲). کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۰۱.

[۱۹۲] (۱). محمّدحسین الاصفهانی، حاشیة المکاسب، ج ۱، صص ۳۱۷ و ۳۱۸.

[۱۹۳] (۱). امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۱۱.

[۱۹۴] (۱). محمّد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۹۰.

[۱۹۵] (۲). همان، ج ۳، ص ۴۶۷.

[۱۹۶] (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّة، ج ۱، ص ۱۱۴.

[۱۹۷] (۱). القواعد الفقهیّة، ج ۴، ص ۶۲.

[۱۹۸] (۲). القواعد الفقهیّة، ج ۱، ص ۱۱۶.

[۱۹۹] (۱). یعنی: اگر انسان آزادی غصب شود، هر چند که کودک باشد، ضمانی نبوده و شخص غاصب ضامن نیست.

[۲۰۰] (۲). جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۶.

[۲۰۱] (۳). المختصر النافع، ص ۲۴۷.

[۲۰۲] (۱). به نقل از: محمّد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۶.

[۲۰۳] (۲). همان.

[۲۰۴] (۳). همان، ص ۳۷.

[۲۰۵] (۱). محمّد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۹۴.

[۲۰۶] (۱). اگر بر شخص حرّی استیلا پیدا کند و او را حبس نماید، غصب تحقّق پیدا نمی‌کند- نه نسبت به عین او و نه نسبت به منفعتش- اگر چه با این کار، گناه کرده و به او ظلم نموده است- بزرگ باشد یا کوچک- پس، بر او ضمان ید- که از احکام غصب است- نیست. بنابراین، اگر آن شخص محبوس و مغصوب بسوزد، یا غرق شود و یا در تحت استیلای او و بدون تسبیب او، بمیرد، ضامن نمی‌باشد.

[۲۰۷] (۱). منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۴۶، م ۶۸۴.

[۲۰۸] (۲). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّة، ج ۱، ص ۱۲۲.

[۲۰۹] (۳). محمّد الفاضل اللنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، ج ۲۱، کتاب الغصب، ص ۲۲.

[۲۱۰] (۴). کتاب الغصب، ص ۱۳.

[۲۱۱] (۱). خلاصه این سه مطلب آن است که در اخذ شخص حرّ یا عنوان« ید» صدق نمی‌کند؛ و یا این که عنوان« ادا» که غایت است، تحقّق ندارد.

[۲۱۲] (۲). تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۵۲۳.

[۲۱۳] (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّة، ج ۱، ص ۱۱۸.

[۲۱۴] (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّة، ج ۱، ص ۱۲۰.

[۲۱۵] (۲). الشیخ الکلینی، الکافی، ج ۵، ص ۳۰۲؛ الشیخ الطوسی، تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۸۵؛ محمّد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۹۴، کتاب العاریة، باب ۱، ح ۱۱.

[۲۱۶] (۳). الشیخ الطوسی، اختیار معرفة الرجال، ج ۱، ص ۱۲؛ و ج ۲، ص ۵۹۷؛ ابن الغضائری، رجال ابن الغضائری، ص ۱۰۰؛ ابن داود الحلّی، رجال ابن داود، ص ۲۸۲.

[۲۱۷] (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّة، ج ۱، ص ۱۲۲.

[۲۱۸] (۱). تحریرالوسیلة، ج ۲، ص ۱۷۷، م ۱۲.

[۲۱۹] (۲). منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۴۶، م ۶۸۵.

[۲۲۰] (۱). حاشیهٔ المکاسب، ج ۱، ص ۲۷۸.

[۲۲۱] (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، تفصیل الشریعهٔ فی شرح تحریر الوسیلهٔ، ج ۲۱، کتاب الغصب، ص ۲۳.

[۲۲۲] (۲). سیّد محمّدکاظم الطباطبایی الیزدی، حاشیهٔ المکاسب، ج ۱، ص ۲۷۹.

[۲۲۳] (۱). المبسوط، ج ۳، ص ۱۰۵؛ و ج ۷، ص ۶۸.

[۲۲۴] (۲). تذکرهٔ الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۲.

[۲۲۵] (۱). الشهید الاوّل، الدروس الشرعیّهٔ، ج ۳، ص ۱۰۶.

[۲۲۶] (۲). ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۲.

[۲۲۷] (۱). کتاب الغصب، صص ۱۱۶ و ۱۱۷.

[۲۲۸] (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّهٔ، ج ۱، ص ۱۲۴.

[۲۲۹] (۱). علی‌پناه الاشتهاردی، تقریرات ثلاثهٔ، ص ۱۶۳.

[۲۳۰] (۱). تفصیل الشریعهٔ فی شرح تحریر الوسیلهٔ، ج ۲۱، کتاب الغصب، ص ۴۴.

[۲۳۱] (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، تفصیل الشریعهٔ فی شرح تحریر الوسیلهٔ، ج ۲۱، کتاب الغصب، ص ۴۵.

[۲۳۲] (۱). المبسوط، ج ۲، ص ۲۰۴؛ الخلاف، ج ۳، ص ۲۲۸.

[۲۳۳] (۲). شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۸۲.

[۲۳۴] (۳). مختلف الشیعهٔ، ج ۵، ص ۴۱۷؛ تذکرهٔ الفقهاء، ص ۱۹۵.

[۲۳۵] (۴). الدروس الشرعیهٔ، ج ۳، ص ۳۸۵.

[۲۳۶] (۵). مسالک الافهام، ج ۴، صص ۵۷ و ۵۸.

[۲۳۷] (۶). جامع المقاصد، ج ۵، صص ۹۷ و ۹۸.

[۲۳۸] (۷). جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۳۶۱.

[۲۳۹] (۸). قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۱۶.

[۲۴۰] (۹). مجمع الفائدهٔ و البرهان، ج ۹، ص ۱۷۰.

[۲۴۱] (۱). المهذّب البارع، ج ۱، ص ۴۶۴.

[۲۴۲] (۲). جامع المقاصد، ج ۸، ص ۷۰.

[۲۴۳] (۳). تذکرهٔ الفقهاء، ج ۲، ص ۲۳۲.

[۲۴۴] (۴). الحدائق الناضرهٔ، ج ۲۱، ص ۲۲۴.

[۲۴۵] (۵). قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۳۴.

[۲۴۶] (۱). ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۰۸.

[۲۴۷] (۲). العروهٔ الوثقی مع تعلیقات اعلام العصر، ج ۵، ص ۱۵۵.

[۲۴۸] سیدجواد حسینی خواه، قاعده ضمان ید، ۱جلد، مرکزفقهی ائمه اطهار - قم، چاپ: دوم، ۱۳۹۰ه.ش.

[۲۴۹] (۳). جامع المقاصد، ج ۸، ص ۷۱.

[۲۵۰] (۴). ر. ک: مسالک الافهام، ج ۱۲، ص ۲۱۷.

[۲۵۱] (۵). المبسوط، ج ۳، ص ۶۳.

[۲۵۲] (۶). کفایهٔ الاحکام، ج ۲، ص ۶۵۳.

[۲۵۳] (۷). شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۴۴.

[۲۵۴] (۱). جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۶۷.

[۲۵۵] سیدجواد حسینی خواه، قاعده ضمان ید، ۱جلد، مرکزفقهی ائمه اطهار - قم، چاپ: دوم، ۱۳۹۰ه.ش.

درباره مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (سوره توبه آیه ۴۱)

با اموال و جانهای خود، در راه خدا جهاد نمایید؛ این برای شما بهتر است اگر بدانید حضرت رضا (علیه السّلام): خدا رحم نماید بنده‌ای که امر ما را زنده (و برپا) دارد ... علوم و دانشهای ما را یاد گیرد و به مردم یاد دهد، زیرا مردم اگر سخنان نیکوی ما را (بی آنکه چیزی از آن کاسته و یا بر آن بیافزایند) بدانند هر آینه از ما پیروی (و طبق آن عمل) می کنند

بنادر البحار-ترجمه و شرح خلاصه دو جلد بحار الانوار ص ۱۵۹

بنیانگذار مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان شهید آیت الله شمس آبادی (ره) یکی از علمای برجسته شهر اصفهان بودند که در دلدادگی به اهلبیت (علیهم السلام) بخصوص حضرت علی بن موسی الرضا (علیه السلام) و امام عصر (عجل الله تعالی فرجه الشریف) شهره بوده و لذا با نظر و درایت خود در سال ۱۳۴۰ هجری شمسی بنیانگذار مرکز و راهی شد که هیچ وقت چراغ آن خاموش نشد و هر روز قوی تر و بهتر راهش را ادامه می دهند.

مرکز تحقیقات قائمیه اصفهان از سال ۱۳۸۵ هجری شمسی تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن امامی (قدس سره الشریف) و با فعالیت خالصانه و شبانه روزی تیمی مرکب از فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مختلف مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

اهداف :دفاع از حریم شیعه و بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام) تقویت انگیزه جوانان و عامه مردم نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی، جایگزین کردن مطالب سودمند به جای بلوتوث های بی محتوا در تلفن های همراه و رایانه ها ایجاد بستر جامع مطالعاتی بر اساس معارف قرآن کریم و اهل بیت علیهم السّلام با انگیزه نشر معارف، سرویس دهی به محققین و طلاب، گسترش فرهنگ مطالعه و غنی کردن اوقات فراغت علاقمندان به نرم افزار های علوم اسلامی، در دسترس بودن منابع لازم جهت سهولت رفع ابهام و شبهات منتشره در جامعه عدالت اجتماعی: با استفاده از ابزار نو می توان بصورت تصاعدی در نشر و پخش آن همت گمارد و از طرفی عدالت اجتماعی در تزریق امکانات را در سطح کشور و باز از جهتی نشر فرهنگ اسلامی ایرانی را در سطح جهان سرعت بخشید.

از جمله فعالیتهای گسترده مرکز :

الف)چاپ و نشر ده ها عنوان کتاب، جزوه و ماهنامه همراه با برگزاری مسابقه کتابخوانی

ب)تولید صدها نرم افزار تحقیقاتی و کتابخانه ای قابل اجرا در رایانه و گوشی تلفن سهمراه

ج)تولید نمایشگاه های سه بعدی، پانوراما ، انیمیشن ، بازیهای رایانه ای و ... اماکن مذهبی، گردشگری و...

د)ایجاد سایت اینترنتی قائمیه www.ghaemiyeh.com جهت دانلود رایگان نرم افزار های تلفن همراه و چندین سایت مذهبی دیگر

ه)تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و ... جهت نمایش در شبکه های ماهواره ای

و)راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی (خط ۲۳۵۰۵۲۴)

ز)طراحی سیستم های حسابداری ، رسانه ساز ، موبایل ساز ، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک ، SMS و...

ح)همکاری افتخاری با دهها مرکز حقیقی و حقوقی از جمله بیوت آیات عظام، حوزه های علمیه، دانشگاهها، اماکن مذهبی مانند مسجد جمکران و ...

ط)برگزاری همایش ها، و اجرای طرح مهد، ویژه کودکان و نوجوانان شرکت کننده در جلسه

ی)برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم و دوره های تربیت مربی (حضوری و مجازی) در طول سال

دفتر مرکزی: اصفهان/خ مسجد سید/ حد فاصل خیابان پنج رمضان و چهارراه وفائی / مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان

تاریخ تأسیس: ۱۳۸۵ شماره ثبت : ۲۳۷۳ شناسه ملی : ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

وب سایت: www.ghaemiyeh.com ایمیل: Info@ghaemiyeh.com فروشگاه اینترنتی: www.eslamshop.com

تلفن ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۳۱۱) فکس ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱) دفتر تهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱) بازرگانی و فروش ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹ امور کاربران ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

نکته قابل توجه اینکه بودجه این مرکز؛ مردمی ، غیر دولتی و غیر انتفاعی با همت عده ای خیر اندیش اداره و تامین گردیده و لی جوابگوی حجم رو به رشد و وسیع فعالیت مذهبی و علمی حاضر و طرح های توسعه ای فرهنگی نیست، از اینرو این مرکز به فضل و کرم صاحب اصلی این خانه (قائمیه) امید داشته و امیدواریم حضرت بقیه الله الاعظم عجل الله تعالی فرجه الشریف توفیق روزافزونی را شامل همگان بنماید تا در صورت امکان در این امر مهم ما را یاری نمایندانشاالله.

شماره حساب ۶۲۱۰۶۰۹۵۳ ، شماره کارت :۶۲۷۳-۵۳۳۱-۳۰۴۵-۱۹۷۳و شماره حساب شبا : -۰۶۲۱-۰۰۰۰-۰۰۰۰-۰۱۸۰-IR۹۰-۰۶۰۹-۵۳به نام مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان نزد بانک تجارت شعبه اصفهان – خیابان مسجد سید

ارزش کار فکری و عقیدتی

الاحتجاج - به سندش، از امام حسین علیه السلام -: هر کس عهده دار یتیمی از ما شود که محنتِ غیبت ما، او را از ما جدا کرده است و از علوم ما که به دستش رسیده، به او سهمی دهد تا ارشاد و هدایتش کند، خداوند به او می‌فرماید: «ای بنده بزرگوار شریک کننده برادرش! من در کَرَم کردن، از تو سزاوارترم. فرشتگان من! برای او در بهشت، به عدد هر حرفی که یاد داده است، هزار هزار، کاخ قرار دهید و از دیگر نعمت‌ها، آنچه را که لایق اوست، به آنها ضمیمه کنید».

التفسیر المنسوب إلی الإمام العسکری علیه السلام: امام حسین علیه السلام به مردی فرمود: «کدام یک را دوست‌تر می‌داری: مردی اراده کشتن بینوایی ضعیف را دارد و تو او را از دستش می‌رَهانی، یا مردی ناصبی اراده گمراه کردن مؤمنی بینوا و ضعیف از پیروان ما را دارد، امّا تو دریچه‌ای [از علم] را بر او می‌گشایی که آن بینوا، خود را بِدان، نگاه می‌دارد و با حجّت‌های خدای متعال، خصم خویش را ساکت می‌سازد و او را می‌شکند؟».

[سپس] فرمود: «حتماً رهاندن این مؤمن بینوا از دست آن ناصبی. بی گمان، خدای متعال می‌فرماید: «و هر که او را زنده کند، گویی همه مردم را زنده کرده است»؛ یعنی هر که او را زنده کند و از کفر به ایمان، ارشاد کند، گویی همه مردم را زنده کرده است، پیش از آن که آنان را با شمشیرهای تیز بکشد».

مسند زید: امام حسین علیه السلام فرمود: «هر کس انسانی را از گمراهی به معرفت حق، فرا بخواند و او اجابت کند، اجری مانند آزاد کردن بنده دارد».



قائمیه
مرکز تحقیقات رایانه‌ای
اصفهان
www
برای داشتن کتابخانه های‌تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشـــانی
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹